

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O MODELO AMERICANO DE PROVAS: A DELAÇÃO PREMIADA E SUAS
INOVAÇÕES**

Gabriel Rufino Galindo Campos Camargo Bandeira

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O MODELO AMERICANO DE PROVAS: A DELAÇÃO PREMIADA E SUAS
INOVAÇÕES**

Gabriel Rufino Galindo Campos Camargo Bandeira

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
João Victor Mendes De Oliveira.

Presidente Prudente/SP
2018

O MODELO AMERICANO DE PROVAS: A DELAÇÃO PREMIADA E SUAS INOVAÇÕES

Trabalho de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

João Victor Mendes de Oliveira

Joaquim de Jesus Botti Campos

Claudio José Palma Sanchez

Presidente Prudente, 6 de novembro de 2018

DEDICATÓRIA

Dedico este presente trabalho ao meu avô Rufino de Campos, por ser meu grande exemplo, tanto como pessoa quanto como advogado e, por nutrir meu amor pelo Direito, cujo apoio e incentivo foram determinantes durante todo o curso. O nosso convívio permanente, partilhando todo o seu brilhantismo e imenso conhecimento é uma grande oportunidade de aprendizado e de eterna inspiração.

Não é o crítico que conta; não o homem que aponta como o homem forte tropeça, ou onde o fazedor de ações poderia ter feito melhor. O crédito pertence ao homem que está realmente na arena, cujo rosto é marcado por poeira, suor e sangue; que se esforça valentemente; que erra, que decepciona, porque não há esforço sem erros e decepções; mas que, na verdade, se empenha em seus feitos; que conhece o entusiasmo, as grandes paixões; que se entrega a uma causa digna; que, na melhor das hipóteses, conhece no final o triunfo da grande conquista e que, na pior, se fracassar, ao menos fracassa ousando grandemente, de modo que o seu lugar nunca será junto com aquelas almas frias e tímidas que não conhecem a vitória nem a derrota.

Theodore Roosevelt, 1910.

AGRADECIMENTOS

Começo primeiramente agradecendo aos meus pais, Luciane e Marcelo, por tudo que fazem por mim, pelo imenso apoio dado durante todo o curso, pelos conselhos, cobranças e incentivos que foram determinantes na conclusão da faculdade. Minha querida mãe, Luciane, é um imenso prazer crescer ao seu lado, a sua bondade, afeto, carinho e saber jurídico me transformam a cada dia, prometo levar seus passos e ensinamentos por toda a vida. Meu querido pai, Marcelo, que, muito embora não sendo da área jurídica, me incentiva a ter perseverança com seus exemplos e conquistas.

A minha querida irmã, Bárbara, por ser meu alicerce durante os dias e noites de estudos constantes, partilhando todas as angústias que passamos juntos e por me incentivar sempre.

A Beatriz, minha companheira, cujo apoio e incentivo foram determinantes na conclusão deste trabalho e da faculdade, serei eternamente grato ao amor que cerca nossas vidas e nos faz ir além.

Não poderia deixar de agradecer a minha avó, Amélia Galindo Campos, minha eterna professora e a base de nossa família, sua constante alegria e empatia com o próximo se perfaz como exemplo a todos.

A todos os meus amigos, que me apoiaram na conclusão da presente monografia, o qual não citarei nomes para não ser traído pelo esquecimento.

Por fim, ao meu orientador, João Victor, que não mediu esforços para corrigir e me ajudar a elaborar a presente monografia.

RESUMO

O presente trabalho aborda os aspectos jurídicos do instituto da colaboração (delação) premiada que, inspirando-se na legislação italiana e na plea bargain norte-americana, foi trazido pelo legislador brasileiro como meio de combate ao crime organizado, sendo introduzido em nosso ordenamento jurídico como meio especial de obtenção de prova e seu reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal como negócio jurídico processual, os efeitos desta decisão, bem como fará uma breve explicação acerca das operações Mãos Limpas e Lava Jato, que tiveram êxito o utilizando. O estudo se mantém com base na Lei 12.850/13, que disciplinou expressamente o instituto da colaboração premiada, trazendo regras claras para a celebração do acordo, com o magistrado afastado da negociação, bem como trouxe seus prêmios legais e inovou com o sobrestamento do prazo para o oferecimento da denúncia. Aborda a possibilidade de benesses extrapenais ao colaborador, seus legitimados para propor o acordo, a qual faz-se uma análise com base na doutrina e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508, termos do acordo, pressupostos para sua homologação, objeto do acordo e a valoração das palavras do colaborador. Aborda brevemente a barganha e suas críticas e o direito penal premial, com uma breve análise do instituto da plea bargain no direito norte-americano. O estudo aduz diversos pontos da colaboração premiada como instituto utilizado nos moldes previstos pelo ordenamento pátrio, que se mostra eficaz no combate à criminalidade organizada, bem como analisa a possibilidade de seus efeitos servirem a inibir à prática de crimes do colarinho branco e trazer de volta o império da Lei frente a crimes de corrupção, crimes estes que ocorrem sempre em segredo, sendo difíceis de investigar e obter provas, sendo exatamente neste aspecto que reconheceremos a importância do instituto da colaboração processual.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Organizações Criminosas. Lei nº 12.850/13.

ABSTRACT

This paper will deal with the legal aspects of the institute of award-winning collaboration, which, inspired by Italian law and American bargaining, was brought by the Brazilian legislature as a means of combating organized crime, and was introduced in our legal system as special means of obtaining proof and its recognition by the Federal Supreme Court as a legal process, the effects of this decision, as well as make a brief explanation about operations Clean Hands and Lava Jato, who have been successful using it. The study was based on Law 12.850 /13, which explicitly disciplined the institute's award-winning collaboration, bringing clear rules for entering into the agreement, with the magistrate removed from the negotiation, as well as brought his legal awards and innovated with the overriding deadline for the offer of the complaint, will address the possibility of extrapenal benefits to the collaborator, who are entitled to propose the agreement, which we will make an analysis based on doctrine and Direct Action of Unconstitutionality 5.508, terms of the agreement, assumptions for its homologation, object of the agreement and the evaluation of the collaborator's words. It will briefly address bargaining and criticism, and premature criminal law, with a brief review of the plea bargain institute in US law. The study lists several points of the collaboration awarded as an institute that used the model provided by the national law, is effective in combating organized crime, as well as analyze the possibility of its effects serve to inhibit the practice of crimes of the white collar and bring back the rule of law against crimes of corruption, crimes that always occur in secrecy, and are difficult to investigate and obtain evidence, and it is precisely in this respect that we recognize the importance of the institute of procedural collaboration.

Keywords: Award-winning collaboration. Criminal organizations. Law nº 12.850/13.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 MÃOS LIMPAS E A LAVA JATO	10
2.1 Mãos Limpas: Como Começou	10
2.2 A Queda do Sistema Corrupto Italiano	18
2.3 Operação Lava Jato: por onde Começou.....	26
2.4 O Legado das Mãos Limpas e a Operação Lava Jato	31
3 A OUTRA FACE: O PODER DE BARGANHA NO PROCESSO PENAL	43
3.1 Análise da Barganha Frente as Partes Negociantes	45
3.2 Breve Análise da Barganha no Direito Estrangeiro	47
4 COLABORAÇÃO PROCESSUAL	55
4.1 Ética na Colaboração Processual	59
5 ANÁLISE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS Nº 12.850/13	62
5.1 Direito ao Silêncio	64
5.2 Obrigações do Colaborador Quanto ao Resultado da Colaboração	68
5.3 Natureza Jurídica da Colaboração Premiada.....	73
5.4 Valor Probatório da Colaboração Premiada: a Regra da Corroboração	79
5.5 Objetivos do Acordo de Colaboração Premiada.....	84
5.6 Prêmios Legais no Âmbito da Lei nº 12.850/13.....	91
5.6.1 Sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia.....	107
6 O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA	111
6.1 Legitimidade para Propor o Acordo.....	112
6.2 O Termo do Acordo de Colaboração Premiada	121
6.3 Homologação do Acordo	126
6.3.1 Voluntariedade da colaboração premiada como requisito para sua homologação.....	132
6.3.2 A prisão como óbice a voluntariedade: prende-se para colaborar?	135
6.3.3 Consequências do vício de voluntariedade	141
6.4 Direitos do Colaborador.....	143
6.5 Rescisão, Anulação e Retratação do Acordo	150
7 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS A COLABORAÇÃO PREMIADA	158
8 COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE ALEM DO ÓBVIO	162
8.1 Há Excesso de Colaborações na Operação Lava Jato?	167
8.2 O Sistema Contra-Ataca.....	169
9 CONCLUSÃO	172
REFERÊNCIAS	174

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa enfocou a análise do instituto da colaboração premiada frente à Lei de Organizações Criminosas nº 12.850/13 e suas inovações. Justifica-se a escolha do presente tema em referência à sua importância para obtenção de provas e conseqüente êxito em investigações, dada a dificuldade que o Estado possui em investigar crimes no âmbito das organizações criminosas, que estão a cada dia melhor estruturadas e agindo de maneira organizada, dificilmente deixando rastros.

Para tanto, descobriu-se que por meio da colaboração premiada os órgãos de persecução penal conseguiriam um enfoque para as investigações e, com isto, um possível desmantelamento da organização criminosa, possibilitando submeter aqueles criminosos de volta ao império da lei.

O objetivo principal foi demonstrar a eficiência de tal instituto, a possibilidade de escalada das investigações resultantes das informações trazidas pelo colaborador, bem como seu âmbito de incidência em operações de notório conhecimento que fizeram largamente o uso da colaboração premiada.

A pesquisa teve por base a utilização dos métodos dedutivo, comparativo e histórico, com vasta pesquisa doutrinária, em especial, as principais decisões dos Tribunais Superiores acerca do tema, livros, artigos, jurisprudência e reportagens, de forma a averiguar e possibilitar uma melhor compreensão do tema.

Inicia-se o estudo com uma breve análise das operações Mãos Limpas, na Itália, e Lava Jato, no Brasil, trazendo uma compreensão histórica de operações de combate à criminalidade organizada, com a intenção de demonstrar a possibilidade de escalada que a colaboração premiada proporcionou as operações.

Já no terceiro capítulo, houve uma abordagem do poder de barganha na justiça penal premial, com uma análise das partes negociantes e estudo do direito comparado.

No quarto capítulo, iniciou-se com os esclarecimentos do que se trata a colaboração processual, diferenças entre os institutos do gênero colaboração processual, e a ética de tal instituto.

No quinto capítulo, iniciou-se o estudo da colaboração premiada no âmbito da Lei nº 12.850/13, com análise da renúncia do direito ao silêncio e sua

compatibilidade com o ordenamento, definindo-se quais as obrigações do colaborador quanto ao resultado da colaboração, a definição da natureza jurídica da colaboração premiada como meio especial de obtenção de prova e negócio jurídico processual, o valor probatório das informações trazidas pelo colaborador e a regra da corroboração, os objetivos do acordo, traçando seu âmbito de incidência, os prêmios legais e a possibilidade de benesses extrapenais, com a inovação do sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia.

O capítulo sexto se iniciou com a análise sobre o acordo de colaboração premiada, a legitimidade para propor o acordo, com diversos posicionamentos doutrinários. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508, bem como nas principais decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da legitimidade, foi traçado quais são os componentes do termo do acordo de colaboração, a necessidade de homologação e a análise pelo juízo dos requisitos, aprofundando-se na voluntariedade do colaborador e conseqüente violação desta com a prisão, e as conseqüências do vício de voluntariedade no acordo. Posteriormente se tratou dos direitos que tem o colaborador, da rescisão, anulação e retratação do acordo, estabelecendo seus conceitos e conseqüências.

No sétimo capítulo, foi realizada uma breve exposição dos argumentos contrários e favoráveis ao instituto da colaboração premiada trazidos pela doutrina.

Por fim, no oitavo capítulo, fez-se uma análise além do que se sabe da colaboração, como ela servir a inibir crimes de corrupção ou ao menos diminuir tais delitos, passando, posteriormente, à análise da quantidade de colaborações feitas no âmbito da operação Lava Jato e as tentativas do sistema para frear a colaboração premiada frente ao sucesso das operações com a sua utilização.

2 MÃOS LIMPAS E A LAVA JATO

A operação Mãos Limpas foi uma investigação de grande repercussão que ocorreu na Itália. Essa operação teve início na cidade de Milão, tendo início na década de 1990, e visava apurar casos de corrupção. Durante as investigações, foi descoberto um esquema grandioso e que envolvia grandes políticos e empresas. A Itália e principalmente a vida política de Milão estavam mergulhadas em corrupção, com o pagamento de propina para concessão de contratos públicos. Ela levou a extinção de muitos partidos políticos, levando muitos empresários, políticos e advogados à prisão.

Similarmente a ela, a operação Lava Jato teve início no Brasil em 2014, visando apurar um esquema de lavagem de dinheiro. Da mesma forma, desencadearam-se outras descobertas, chegando a Estatais e grande nomes políticos Brasileiros, estando as maiores empresas de construção civil do país envolvidas em esquemas de corrupção para concessão de contratos do governo. De acordo com as investigações e delações premiadas, estão envolvidos membros da Estatal Brasileira Petrobrás, políticos dos maiores partidos Brasileiros, governadores, incluindo Presidentes da República. Segundo a Polícia Federal e a opinião pública, ela é considerada a maior operação para investigação de corrupção que o Brasil já teve.

A operação Lava Jato conta com 55 fases até o presente momento, somando-se mais de 215 condenações contra 140 pessoas, o que contabiliza 2.036 anos, 4 meses e 20 dias de penas já impostas, segundo o Ministério Público Federal.

2.1 Mãos Limpas: Como Começou

A operação Mãos Limpas teve seu início no dia 17 de fevereiro de 1992, na cidade de Milão. Mario Chiesa, um agente que ocupava o cargo de diretor de uma instituição chamada Pio Alberto Trivulzio, foi preso com propina no bolso, cerca de sete mil liras, que teria recebido de uma companhia de limpeza. Chiesa, presidente de uma histórica casa de repouso para idosos, também era representante do Partido Socialista Italiano. Seria o início da operação que posteriormente foi denominada de Mãos Limpas, uma das maiores do mundo e a maior da Itália.

O indivíduo exigia o pagamento de propina em todos os contratos que eram celebrados pela instituição da qual era presidente, propina essa que utilizava para o financiamento político e para manter o cargo que ocupava.

Segundo Barbacetto, Gomez e Travaglio (2016, p. 30):

O caso poderia ter sido concluído em poucas semanas, com o habitual pedido de julgamento da pequena propina recebida naquele fatídico 17 de fevereiro. Borelli, cético sobre a possibilidade de 'desmantelar' o sistema é a favor dessa solução. No entanto, se isso tivesse acontecido, a operação Mãos Limpas nunca teria existido. Em vez disso, Di Pietro fingia esquecer os prazos processuais e não deposita os autos dentro dos limites previstos para a realização do processo sumário

De toda sorte que, segundo os autores, se a investigação tivesse sido rapidamente resolvida, a operação Mãos Limpas poderia nunca ter existido. O citado Antonio Di Pietro era um ex-policial, que estava investido no cargo de magistrado da Procuradoria de Milão, que então conduzira a investigação no até então denominado "caso Chiesa".

Quanto a isso, Davigo (2016, p. 17) aduz:

As investigações revelaram que a corrupção é um fenômeno serial e difuso: quando alguém é pego com a boca na botija, normalmente não é sua primeira vez. Além disso, os corruptos tendem a criar um ambiente favorável à corrupção envolvendo outros indivíduos no crime, de modo a conquistar sua cumplicidade até que as pessoas honestas estejam isoladas. Isso induziu a encarar esses crimes com a certeza de que não se tratavam de comportamentos casuais e isolados, mas de delitos seriais que envolviam um número relevante de pessoas, a ponto de criar amplos mercados ilícitos.

A investigação iria desvendar que não era a primeira vez que Chiesa praticava tais crimes e, posteriormente, com sua colaboração, que havia vários indivíduos envolvidos também, como outros políticos do alto escalão. Estando preso em San Vittorio de Milão, em pouco tempo, Mário Chiesa resolveu confessar e colaborar com a justiça, de modo que acabou revelando um quadro muito mais amplo do que um ato de corrupção isolada.

Quanto a isto, observa-se, segundo Costa (2017, p. 39):

Recolhido preventivamente no presídio de San Vittorio, em Milão, Chiesa decidiu colaborar com os investigadores liderados pelo promotor Antonio Di Pietro e revelou toda a trama na qual se envolvera, indicando o recebimento de propinas por meio dos contratos assinados por ele, em nome do Pio Albergo. Além disso, apontou outros indivíduos envolvidos no esquema de

pagamento de propinas, dentre eles, políticos do alto escalão da capital da Lombardia, que passou a ser conhecida como *Tangentopoli*

Segundo Barbacetto, Gomez e Travaglio (2016, p. 34-37), nos depoimentos que Mário Chiesa prestava, o então magistrado Di Pietro anotava todos os nomes e os fatos. Então, em 27 de março de 1992, o quinto dia de interrogatório de Chiesa a Di Pietro e Italo Ghitti, um dos policiais responsável por sua prisão, o capitão Zuliani, questiona Chiesa sobre um papel encontrado em seu escritório, sendo que este admite que aquele era um controle informal das propinas. Neste documento, segundo os autores, havia nomes como de Carlo Tognoli, Paolo Pillitteri, Michele Colucci, Ugo Finetti e Giovana Manzi, todos líderes socialistas, e os números anotados representavam valores repassados por Chiesa a eles. Em 22 de abril de 1992, começaram as primeiras prisões, que tiveram como causa direta os depoimentos prestados. Oito empresários, que tiveram acusações de obtenção de contratos graças a Chiesa, são presos e mandados para o presídio de São Vittore de Milão.

Segundo Barbacetto, Gomez e Travaglio (2016, p. 38):

O desenrolar do inquérito produz um curto-circuito: Chiesa fala, sabendo que alguns empresários que pagaram propinas começaram a colaborar. E outros empresários, sabendo que Chiesa está confessando, apresentam-se na Procuradoria para contar novos casos, o que obriga Chiesa a retornar aos magistrados para aprofundar suas declarações. Começa assim, o 'efeito dominó' que alimentará a investigação por muitos meses. Confissão chama confissão, corruptos e corruptores estão quase competindo para ver quem chega antes diante de Di Pietro na esperança de limitar os danos e evitar o risco de prisão. Uma reação em cadeia que multiplica os crimes descobertos e as pessoas envolvidas em progressão geométrica

O então denominado “efeito dominó” possibilitou o avanço das investigações na operação Mãos Limpas. Todos que estavam envolvidos, sabendo que Mário Chiesa estava confessando, apresentaram-se espontaneamente para contar sobre novos fatos, que originaram novos casos, o que possibilitou um grande avanço da operação.

Quanto a isto, Costa (2017, p. 39) alude: “Já de início, foi possível deflagrar boa parte da elite política e empresarial de Milão, com uma força tão devastadora que muitos envolvidos na *Tangentopoli* procuravam os investigadores para colaborar espontaneamente”.

A utilização de colaborações processuais se mostra cada vez mais útil no combate à criminalidade organizada, sendo um instrumento que possibilita a escalada das investigações e a descoberta de crimes de difícil investigação, como é o caso da corrupção.

A estratégia adotada foi um tanto quanto peculiar, o que coube, de mais a mais, várias críticas aos magistrados. Segundo Porta e Vannucci (1999) apud Moro (2016, p. 879), quanto à estratégia adotada pelos magistrados:

A estratégia de investigação adotada desde o início do inquérito submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de que outros já teriam confessado e levantado a perspectiva de permanência na prisão pelo menos pelo período da custódia preventiva no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de soltura imediata no caso de uma confissão (uma situação análoga do arquétipo do famoso 'dilema do prisioneiro'). Além do mais, havia a disseminação de informações sobre uma corrente de confissões ocorrendo atrás das portas fechadas dos gabinetes dos magistrados. Para um prisioneiro, a confissão pode aparentar ser a decisão mais conveniente quando outros acusados em potencial já confessaram ou quando ele desconhece o que os outros fizeram e for do seu interesse precede-los. Isolamento na prisão era necessário para prevenir que suspeitos soubessem da confissão de outros: dessa forma, acordos da espécie 'eu não vou falar se você também não' não eram mais uma possibilidade

Nota-se que a colaboração do primeiro preso pela operação gerou um círculo virtuoso, levando a novas investigações, confissões e prisões. Essa é exatamente a intenção da colaboração premiada, pois são necessários, em esquemas de corrupção sistêmica, métodos especiais de investigação, sendo que um desses métodos é a colaboração processual. Segundo Barbacetto, Gomez e Travaglio (2016, p. 41): "a partir do final de abril, não se passa um único dia sem pelo menos uma prisão ou intimação". A disseminação de informações sobre as confissões e colaborações acarretava outras, pois os imputados desconheciam o que os outros tinham falado. Dessa forma, confessavam também por ser uma forma de se defenderem, com medo de seus nomes terem sido citados.

Com relação às confissões e colaborações, Costa (2017, p. 42) aduz:

Entre os imputados presos, colaboradores em potencial, eram disseminadas informações sobre outras colaborações, indicando quais suspeitos teriam confessado. Também, falava-se em confissões realizadas em particular aos próprios magistrados, o que aumentava ainda mais a desinformações entre os encarcerados

Quanto à estratégia adotada e à vasta utilização das colaborações, novamente Costa (2017, p. 40) leciona:

A partir das diversas colaborações processuais foi possível estender a operação a toda a Lombardia e, posteriormente a outras regiões da Itália. Em setembro de 1992, cerca de sete meses após a prisão de Mário Chiesa, dezoito políticos e empresários foram presos em Reggio Calabria; depois, o governador e secretários de governo de Abruzzo. Logo, as promotorias de Turim, Bergamo, Nápoles, Foggia, Verona, Pavia e diversas cidades juntavam-se à força-tarefa da *mani pulite*. O método investigativo foi sempre padrão: prisões preventivas dos investigados para incentivar uma possível colaboração ou confissão

Conforme ora citado, a estratégia adotada foi bastante peculiar, o que possibilitou o avanço das investigações. As prisões e colaborações processuais foram de maior valia, pois acarretaram a escalada da operação Mãos Limpas, que brevemente alcançou várias regiões da Itália. Quanto a isto, Costa (2017, p. 42), “não foram somente as prisões preventivas instrumentalizadas a favor da operação, mas também a maneira como se utilizou a informação”. O magistrado Di Pietro, diante dos casos, desenvolve uma nova forma de interrogar, pegando várias pessoas envolvidas em um mesmo episódio e ouvindo todas simultaneamente, mas separadas, cada uma sendo interrogada por um agente da polícia. Enquanto isso, ele vai e volta de um ao outro, questionando e pedindo esclarecimentos sobre as declarações que o outro deu sob o mesmo episódio. Esse método lhe rendeu grande admiração e também ataques agressivos.

Quanto a Di Pietro, D’Ippolito e Figueiredo (2017, s.p.) aduzem:

Di Pietro não se destacava certamente pelo seu notável saber jurídico e frequentemente tropeçava nos subjuntivos. Mas havia iniciado a sua carreira como policial e tinha a astúcia de policial, sabia como conduzir um interrogatório, era um mestre na arte da armadilha e do blefe. Os pobres acusados suavam quando submetidos ao rolo compressor de Di Pietro

O magistrado era eficaz na condução de seus interrogatórios e, inclusive desenvolveu uma nova forma de interrogar, pois armava armadilhas e blefava diante dos acusados. No entanto, não tinha notável saber jurídico.

O grupo que atuou na operação Mãos Limpas, segundo Barbacetto, Gomez e Travaglio (2016, p. 60), era composto:

É uma curiosa alquimia de magistrados que dispara a investigação judicial mais clamorosa da história italiana. Homens de diferentes origens geográficas, camadas sociais, atitudes, experiências profissionais, formações culturais e orientações políticas. Antonio Di Pietro, magistrado incomum, com 42 anos em 1992, aparência de investigador e espírito de policial. Gherardo Colombo, 46 anos, já lidou outras vezes com a relação perigosa entre política e negócios em investigações como o P2 e os fundos irregulares do IRI. Piercamillo Davigo, 42 anos, sarcástico, perspicaz e correto como um militar, é a alma jurídica do grupo, quem compila os documentos processuais mais delicados. O procurador Gerardo D'Ambrosio coordena o trabalho e unifica os homens

Observa-se que era um grupo bem estruturado, formado por homens com anseio de justiça e uma vontade própria de investigar. Em 1994, o grupo chegou a ter 36 componentes. Uma equipe bem estruturada e com pessoas capazes é totalmente necessária para “desmantelar” organizações criminosas.

Nota-se que a operação Mãos Limpas usava a imprensa ao seu favor. Quando alguém era preso, detalhes de sua confissão já eram veiculados a jornais e revistas italianos, servindo para a investigação esses vazamentos à imprensa, com um propósito útil, mantendo o interesse público elevado e os líderes partidários na defensiva, já que tinham constantemente que responder a acusações. Essa publicidade conferida às investigações tinha o efeito em potencial de alertar os investigados sob as informações que estavam disponíveis aos magistrados, fazendo com que aumentasse o número de confissões e novas colaborações com a justiça.

Nestes termos, Moro (2016, p. 881):

A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como visto, foi de fato tentado

As prisões, confissões e a publicidade conferida à operação formaram um círculo virtuoso, sendo, para alguns, a explicação para a magnitude atingida pelas Mãos Limpas. Essa publicidade teve o condão de garantir o apoio da população e, de certa forma, ajudou a impedir que os investigados poderosos obstruíssem o trabalho da equipe responsável pela operação.

Posteriormente, com o avanço das investigações, Bettino Craxi se tornou um dos principais alvos da operação Mãos Limpas. Ele era, à época dos fatos, líder do Partido Socialista Italiano e ex-primeiro-ministro. Em dezembro de 1992, recebeu seu primeiro *avviso di garanzia* (um documento), no qual foi acusado de corrupção, entre outros crimes. Quanto ao citado Bettino Craxi, para D'Ippolito e Figueiredo (2017, s.p.): “o ápice foi alcançado com o indiciamento do próprio Craxi, o qual tentou uma defesa desesperada no Parlamento; mas seus pares, temerosos da reação da opinião pública, que a esta altura era enfurecida e queria ver sangue, não o sustentaram”.

Moro (2016, p. 882) explica as novas acusações a Bettino Craxi:

Também viu seu nome envolvido no escândalo da Enimont. A Enimont era empresa química formada por joint venture da ENI (Ente Nazionale Idrocarburi), a empresa petrolífera estatal italiana, e a Montedison, empresa química subsidiária do grupo Ferruzzi (considerado o segundo maior da Itália após a FIAT). Pelos termos do acordo, o grupo privado não poderia possuir mais do que 40% das ações. No entanto, Raul Gardini, líder do grupo Ferruzzi, quebrou o pacto e tentou obter agressivamente o controle da Enimont, encontrando resistência política. Em novembro de 1990, atendendo a pedido da Enimont, foram suspensas judicialmente todas as negociações da empresa e nomeado como interventor pessoa ligada a Craxi. Bloqueada em suas aspirações, a Montedison concordou em vender ao Governo sua parte no negócio por aproximadamente dois bilhões de dólares. O preço, superestimado (cada ação, com o valor de 1,374 lira, foi adquirida pela ENI por 1,540 lira), tinha uma razão de ser, o pagamento de cerca de cem milhões de dólares a vários líderes políticos, dentre eles Craxi. A propina foi paga por Gardini com o auxílio de Sergio Cusani, consultor financeiro próximo a Craxi e outros políticos. Em julho de 1993, Gardini, ciente de que a fraude estava para ser revelada pela operação *mani pulite*, suicidou-se. Cusani foi preso também em julho e, em seu julgamento, foram ouvidos como testemunhas vários políticos que teriam recebido propina

Há de se notar que escândalos em empresas petrolíferas estatais não ocorreram somente no Brasil, como mostrou a investigação Lava Jato. A venda ao Governo italiano por parte da *Montedison* trouxe valores absurdos, até para os dias atuais. No entanto, como todo superfaturamento, alguém (ou alguns) seria beneficiado. Neste caso, os beneficiados foram vários líderes políticos, inclusive o citado Bettino Craxi.

Segundo o autor (2016, p. 882), quem realizou o pagamento da propina foi Gardini, que foi à época auxiliado por Sergio Cusani, um consultor financeiro. Posteriormente, Sergio Cusani foi preso. Dentre as testemunhas ouvidas em seu julgamento, estava Cláudio Martelli, outro grande importante político italiano, que era

ex-ministro da Justiça e admitiu o recebimento de propina. A operação cada vez mais tomava proporções catastróficas, não é à toa que é conhecida como uma das maiores do mundo até os dias atuais. Bettino Craxi, diante as acusações e condenações, foi para a Tunísia, que não tinha tratado de extradição com a Itália, em 1994, e veio a falecer no ano 2000.

Observa-se que outros importantes políticos foram atingidos pelas Mãos Limpas, como Giulio Andreotti, ex-primeiro-ministro, líder do partido da Democracia-Cristã, Salvo Lima, também representante da Democracia-Cristã, que foi assassinado pela máfia. Posteriormente à prisão de vários chefes da máfia, Tommaso Buscetta, também foi preso e colaborou com a justiça, entre outros.

Segundo Moro (2016, p. 875), em resumo do tamanho da operação *Mani Pulite*:

Dois anos após o início da operação Mãos Limpas, 2.993 mandados de prisão expedidos, 6.059 pessoas sob investigação, dentre elas 1.978 administradores, 872 empresários e 438 parlamentares, dentre os quais, quatro desses haviam sido primeiros-ministros.

A ação judiciária revelou que a vida política e administrativa de Milão, e da própria Itália, estava mergulhada na corrupção, com o pagamento de propina para concessão de todo contrato público, o que levou à utilização da expressão 'Tangentopoli' ou 'Bribesville' (o equivalente à 'cidade da propina') para designar a situação

Com a operação Mãos Limpas, foi revelada que a Itália estava mergulhada em uma corrupção sistêmica, que já tinha atingido todos órgãos e partidos políticos, com o pagamento de propina para qualquer contrato público realizado, sendo Milão conhecida como cidade da propina. "*Tangentopoli*" na expressão italiana.

Para, D'Ippolito e Figueiredo (2017, s.p.): "a consequência a curto prazo foi a derrocada dos principais partidos que governaram a Itália desde o início da República: Democracia Cristã e Partido Socialista Italiano [...]". Dessa forma, observa-se que dois partidos políticos dominavam a Itália nesta época, o Democracia-Cristã e o Partido Socialista Italiano, que obteriam pouquíssimos votos nas eleições pós Mãos Limpas de 1994.

Segundo Barbacetto, Gomez e Travaglio (2016, p. 281): "as primeiras eleições após a operação Mãos Limpas foram vencidas por Silvio Berlusconi". Nota-se que Silvio Berlusconi, empresário e político italiano, que esteve sempre na mira

dos procuradores italianos por suspeitas de corrupção, sempre foi amigo próximo do citado Bettino Craxi, sendo político até os dias atuais.

Segundo repetido exaustivamente, a opinião pública favorável, com o apoio da democracia, também demanda que uma ação judicial (ou uma operação) tenha resultados favoráveis.

Dessa forma, foram os resultados das Mãos Limpas:

A operação Mãos Limpas, conduzida em Milão, por um *pool* de cinco juízes, entre 1992 e 1994, produziu cerca de 1.300 declarações de culpa, entre condenações de acordos definitivos (os últimos dados oficiais publicados abaixo são de 2002). Mesmo que a *vulgata* político-jornalística diga que foram quase todos absolvidos, o percentual de absolvições no mérito (isto é, de réus que eram estranhos aos fatos), foi em torno de 5 a 6%. O resto, cerca de 40% dos investigados, salvaram-se graças a prescrição, às sutilezas processuais ou às modificações legislativas, feitas sob medida. Em todo caso, à parte os desaparecidos, quase todos os investigados, de 1992 a 1994 e dos anos seguintes, como quer que tenham sido concluídos os seus processos, permaneceram ou voltaram rapidamente à vida pública (BARBACETTO; GOMEZ; TRAVAGLIO, 2016, p. 837)

Como se vê no Brasil, na Itália não foi diferente, muitos foram os beneficiados pela prescrição, por alterações legislativas em favor da classe corrupta, e, mesmo dessa forma, a operação pode ser considerada um sucesso.

2.2 A Queda do Sistema Corrupto Italiano

São listadas três causas principais que ajudaram na queda do sistema corrupto italiano e possibilitaram o avanço da operação *Mani Pulite*.

Para Porta e Vannucci (1999) apud Moro (2016, p. 876), são causas que precipitaram a queda do sistema corrupto italiano:

[...] três foram as causas que precipitaram a queda do sistema de corrupção italiano e possibilitaram a operação 'mãos limpas': a) uma conjuntura econômica difícil, aliada aos custos crescentes da corrupção; b) a integração europeia, que abriu os mercados italianos a empresas de outros países europeus, elevando os receios de que os italianos não poderiam, com os custos da corrupção, competir em igualdade de condições com seus novos concorrentes; e c) a queda do 'socialismo real', que levou à deslegitimação de um sistema político corrupto, fundado na oposição entre regimes democráticos e comunistas.

A política do pós-guerra italiano estava apoiada na separação da Europa em dois blocos, o democrático-liberal e o comunista. Tal oposição também se fazia presente na Itália, com a oposição entre os partidos de direita, como a Democracia-Cristã (DC) e os de esquerda, como o Partido Comunista (PC). Com a queda do 'socialismo real' e o arrefecimento do

debate ideológico, as fragilidades do sistema partidário e a corrupção tornaram-se mais evidentes

A economia abalada, decorrente dos custos crescentes da corrupção, junto à integração Europeia decorrente da abertura do livre mercado competitivo e a queda do chamado “socialismo real”, constituem as principais causas que levaram à queda do sistema corrupto e possibilitaram o avanço da operação Mãos Limpas.

Segundo os autores (2016, p. 876), nota-se que a política Italiana pós-guerra estava apoiada na separação da Europa em Democráticos-Liberais e os Comunistas, o que também se fazia presente na Itália, com a oposição entre os partidos de direita, que era o Democracia-Cristã, e os de esquerda, um dos principais era o Partido Comunista (PC). Decorrente desta separação e do presente debate ideológico, a corrupção se tornou mais evidente.

Nesses moldes, Moro (2016, p. 876) afirma que: “a deslegitimação do sistema foi ainda agravada com o início das prisões e a divulgação de casos de corrupção”.

Essa deslegitimação tornou possível as ações judiciais. No entanto, também foram por ela alimentada, a saber:

A deslegitimação da classe política propiciou um ímpeto às investigações de corrupção e os resultados desta fortaleceram o processo de deslegitimação. Consequentemente, as investigações judiciais dos crimes contra a Administração Pública espalharam-se como fogo selvagem, desnudando inclusive a compra e venda de votos e as relações orgânicas entre certos políticos e o crime organizado. As investigações mani pulite minaram a autoridade dos chefes políticos – como Arnaldo Forlani e Bettino Craxi, líderes do DC e do PCI – e os mais influentes centros de poder, cortando sua capacidade de punir aqueles que quebravam o pacto do silêncio (PORTA; VANNUCCI, 1999, apud MORO, 2016, p. 876)

Pode-se observar que, segundo os autores, a deslegitimação, ao mesmo tempo que tornou possível a ação judicial, foi por ela alimentada, pois ela propiciou as investigações de corrupção e o resultado disto fortaleceu este processo de deslegitimação. Consequentemente, as investigações se espalharam muito rapidamente, descobrindo, inclusive, a compra e venda de votos e a relação próxima entre certos políticos e o crime organizado. As Mãos Limpas atormentaram a autoridade de chefes políticos, como, por exemplo, os citados e conhecidos Arnaldo Forlani e Bettino Craxi, líderes dos partidos Democracia-Cristã e Comunista, respectivamente, e os mais influentes à época.

Davigo (2016, p. 16-17) observa outras causas que possibilitaram a operação:

A enorme dívida pública e a crise econômica de 1992 determinaram a redução da aquisição de bens e serviços, e isso, por sua vez, diminuiu as possibilidades que os corruptores tinham de transferir as propinas para a administração pública e esperar por futuros contratos lucrativos. Muitos empresários que até então haviam participados de esquemas de corrupção descobriram-se vítimas de extorsão e, em vez de unir forças com os corruptos, começaram a se livrar deles, fornecendo aos investigadores as informações sobre as propinas pagas. No início, os chefes dos partidos desdenharam os indivíduos que foram presos, descrevendo-os como casos isolados, 'as poucas maçãs podres do partido'. Esses, sentindo-se abandonados pelos seus cúmplices, entregavam então o resto da cesta de maçãs. Isso gerou uma reação em cadeia de delações cruzadas e aquilo que neste volume chamamos de 'efeito dominó'

A crise econômica foi um dos fatores suscitados pelo magistrado da operação Mãos Limpas, Piercamillo Davigo (2016, p. 16-17), que possibilitou o avanço das investigações. Empresários, sofrendo com a crise, começaram a se ver como vítimas dos corruptores, com a consequência de fornecimento de informações necessárias para o prosseguimento das investigações. De toda sorte que os primeiros indivíduos presos se sentiram abandonados, quando os partidos começaram a descrevê-los como um caso isolado de corrupção. Esses, como forma de retaliação e com receio de uma futura punição solitária, mesmo sabendo que outros também tinham suas culpas no delito, começaram a entregar os seus cúmplices. Por fim, mais uma vez levantada a sua grande importância em crimes desta espécie, as delações premiadas foram um fator determinante, possibilitando, nos termos do magistrado, o "efeito-dominó".

Nestes termos, o magistrado prevê:

O conjunto dessas causas proporcionou a descoberta de vasta trama de corrupção. A reação da opinião pública, cuja sensibilidade estava aguçada pela crise econômica, teve efeitos (aparentemente) perturbadores no panorama político: cinco partidos desapareceram da cena política. O de maioria relativa, Democracia-Cristã (DC), e outros quatro: Partido Socialista Italiano (PSI), Partido Social Democrático Italiano (PSDI), Partido Republicano Italiano (PRI) e Partido Liberal Italiano (PLI), três dos quais tinham mais de cem anos (DAVIGO, 2016, p. 17)

O chamado processo de deslegitimação foi essencial para a continuidade da operação Mãos Limpas. Foram realizadas inúmeras tentativas, por parte do poder político, de "frear" a *mani pulite*. Moro (2016, p. 887) cita, como

exemplo, que, em março 1993, no governo do então primeiro-ministro Giuliano Amato, houve a tentativa por meio de um decreto legislativo de descriminalizar a realização de doações ilegais para partidos políticos. A população não aceitou isto passivamente, ocorrendo uma reação negativa da opinião pública, com greves e passeatas contra isto, o que foi essencial para rejeição do decreto.

Quanto a isto, de acordo com Costa (2017, p. 44):

Para se ter uma ideia do apoio incondicional dado à operação, em diversos momentos a reação negativa da população, por meio de greves e manifestações, freou mudanças legislativas que tentavam favorecer a classe política e dificultar as investigações

Ainda em 1993, houve recusa parcial por parte do Parlamento Italiano para que Bettino Craxi fosse processado, havendo, da mesma forma, grande repercussão e uma intensa reação da opinião pública.

Moro (2016, p. 877) cita uma outra tentativa feita de parar as Mãos Limpas:

Em julho de 1994, novo decreto legislativo, exarado pelo governo do primeiro-ministro Silvio Berlusconi, aboliu a prisão pré-julgamento para categorias específicas de crimes, inclusive, para corrupção ativa e passiva. A equipe de procuradores da operação *mani pulite* ameaçou renunciar coletivamente a seus cargos. Novamente, a reação popular, com vigílias perante as Cortes judiciais milanesas, foi essencial para rejeição da medida

Nota-se que a população foi essencial para o avanço da operação, de forma que, em todos os casos em que se tentou “barrar” ou “frear” a *mani pulite*, a reação negativa da opinião pública se mostrou essencial para a rejeição das medidas. Neste caso específico, o então primeiro-ministro tentou fazer com que não fossem presos os indiciados antes do julgamento, corroborado com categorias específicas de crimes, no quais estavam inclusos a corrupção passiva e ativa. Desta forma, caso o decreto legislativo não fosse rejeitado, grande parte dos indiciados não seriam presos e, até o seu julgamento, seriam beneficiados até mesmo com a prescrição dos crimes, o que significava que continuariam livres para continuarem praticando atos ilícitos.

Como ocorre no Brasil, com a Lava Jato, e como a história nos mostra com a *mani pulite*, é de toda forma ingênuo acreditar que operações de grande escala contra “crimes do colarinho branco”, incluindo empresários e políticos

poderosos, não sofreriam ataques de todos os lados. Sempre haverá algum tipo de reação com a intenção de parar a operação.

Como explica Moro (2016, p. 877): “um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie. Entretanto, a opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial”.

Mostra-se, novamente, como ocorre atualmente no Brasil com a operação Lava Jato, que a opinião pública é praticamente requisito essencial para o avanço de operações deste tipo, devendo a população sempre apoiá-la, como forma de permitir que as investigações sejam conduzidas normalmente, pois, de todo modo, sempre sofrerão ataques internos e externos.

Nestes termos, Costa (2017, p. 43) alude quanto ao apoio da população:

De fato, a força que teve a opinião pública sobre a *mani pulite* é um dos fatores apontados para seu êxito. A desconfiança que a população italiana já nutria sobre a classe política somou-se ao frenesí gerado pela operação, levando à legitimação política dos métodos da operação

Porta e Vannucci (1999) apud Moro (2016, p. 877) mostra outro fato que possibilitou o fortalecimento da operação:

[...] a criação do Conselho Superior da Magistratura (CSM) foi fundamental para reforçar a independência interna da magistratura italiana, tornando possível a operação *mani pulite*. Também foi importante a renovação da magistratura e a própria imagem positiva dos juízes diante da opinião pública, conquistada com duras perdas, principalmente na luta contra a máfia e o terrorismo [...]

A independência do judiciário é condição necessária para a condução de ações judiciais deste “porte”. Ciente disto, houve a criação do Conselho Superior da Magistratura italiano, que, de certo modo, robusteceu a independência dos juízes para a condução dos processos. Mais uma vez, a opinião pública fortaleceu a imagem positiva dos magistrados, principalmente posteriormente à perda dos magistrados Giovanni Falcone, assinado em maio de 1992, e Paolo Borsellino, assinado em julho de 1992 pela Máfia italiana, que provocou uma grande comoção da população.

Nestes termos, segundo Porta e Vannucci (1999) apud Moro (2016, p. 877-878):

Um tipo diferente de juiz ingressou na magistratura (nas décadas de setenta e oitenta). Assim como a educação de massa abriu caminho às universidades para as classes baixas, o ciclo de protesto do final da década de sessenta influenciou as atitudes políticas de uma geração. No sistema judicial, os assim chamados 'pretori d'assalto' ('juízes de ataque', i.e., juízes que tomam uma postura ativa, usando a lei para reduzir a injustiça social) tomam frequentemente posturas antigovernamentais em matéria de trabalho e de Direito Ambiental. Ao mesmo tempo, especialmente na luta contra o terrorismo e a Máfia, a magistratura exercita um poder pró-ativo, em substituição a um poder político impotente. A coragem de muitos juízes, que ocasionalmente pagaram com suas vidas para a defesa da democracia italiana, era contrastado com as conspirações de uma classe política dividida e a magistratura ganhou uma espécie de legitimidade direta da opinião pública. No final dos anos oitenta e na década de noventa, havia ainda um enfraquecimento na atitude de cumplicidade de alguns juízes com as forças políticas e que havia retardado a ação judicial. Uma nova geração dos assim chamados 'giudici ragazzini' (jovens juízes), sem qualquer senso de deferência em relação ao poder político (e, ao invés, consciente do nível de aliança entre os políticos e o crime organizado), iniciou uma série de investigações sobre a má-conduta administrativa e política

Uma geração de novos juízes foi influenciada pelos ciclos de protestos que ocorreram no final da década de sessenta, além da educação em massa, pela qual se abriram possibilidades para o ingresso de pessoas de classe baixa nas universidades. Essa geração de novos juízes, que ingressaram no sistema judicial italiano, fora chamada de "pretori d'assalto", que significava "juízes de ataque", juízes estes que usavam a Lei de toda forma para reduzir as injustiças e lutar contra a Máfia e o sistema corrupto italiano. Faz-se necessário uma breve consideração, de que, na Itália, os juízes e os procuradores públicos compõem uma mesma carreira, que é a magistratura italiana. Os novos juízes tomavam uma postura totalmente ativa na luta contra a Máfia e o poder político, de forma que, como citado, dois destes até foram assassinados pela Máfia em 1992, de toda sorte que havia conspirações na direção de que antigos juízes atuavam como verdadeiros cúmplices da Máfia, retardando algumas ações judiciais, o que foi totalmente enfraquecido com o ingresso dos "novos juízes", que iniciaram investigações administrativas e políticas.

Por uma última vez, Moro (2016, p. 878) ainda estabelece um outro fator que possibilitou o avanço da operação:

A independência judiciária, interna e externa, a progressiva deslegitimação de um sistema político corrupto e a maior legitimação da magistratura em relação aos políticos profissionais foram, portanto, as condições que tornaram possível o círculo virtuoso gerado pela operação mani pulite

Além da opinião pública, que se mostra totalmente necessária para o avanço das operações deste nível, um judiciário independente, livre de pressões, assim como uma maior legitimidade dos “novos juízes” que não mediram esforços na aplicação da Lei, foram condições necessárias para o fortalecimento da operação Mãos Limpas.

A operação Mãos Limpas, mesmo sendo considerada um sucesso, foi implodida em 1994, tendo como principal causador disto Silvio Berlusconi.

Segundo Gurovitz (2016, s.p.), dois fatores contribuíram para o fracasso, sendo o primeiro:

O primeiro se chama Silvio Berlusconi. Até Di Pietro roçar nele, era conhecido como empresário de TV, comunicação e negócios diversos. O tempo deixará claro que Berlusconi se tornou político para fugir das investigações e tentar preservar sua fortuna. A investigação deslindará os milhares de fios da imensa teia de corrupção que une partidos, empresas e contratos do governo, conhecida como ‘Tangentopoli’ (Propinópolis). Descobrirá que Berlusconi mantinha uma sociedade secreta com o então primeiro-ministro, o socialista Bettino Craxi, para desviar recursos do Estado, usados para pagar propinas a parlamentares, partidos, juízes ou para enriquecimento pessoal. Pouco antes de tais fatos virem à tona, enquanto apenas Craxi é alvo, Berlusconi se candidata e, com uma plataforma populista, seduz a população desencantada com os corruptos. Uma vez no poder, manobra nos bastidores para dar asas a denúncias sem fundamento contra Di Pietro. Aos poucos, vira a opinião pública contra os investigadores. Di Pietro renúncia, passa anos se defendendo nos tribunais e, apenas depois de inocentado, entra na política

Neste primeiro fator, o magnata Silvio Berlusconi disseminou ataques, principalmente contra o procurador Di Pietro, usando a política para garantir a sua impunidade, tentando de toda forma fugir das investigações e utilizando como tática o ataque aos magistrados, tendo ao seu lado alguns meios de comunicação de que era proprietário. Enquanto não descoberto seus crimes, Silvio Berlusconi se candidatou e entrou no poder. A partir daí, começaram as manobras para acabar com a operação.

Posteriormente a isto, temos o segundo fator, nos termos de Gurovitz (2016, s.p.):

É o segundo fator responsável pelo malogro da Mãos Limpas que deve nos preocupar. O mecanismo da investigação era similar ao da Lava Jato: delações premiadas, prisões preventivas e repercussão na imprensa para conquistar a opinião pública. Desde 1993, parlamentares italianos tentam ao menos quatro vezes amarrar as mãos de juízes e procuradores, sob o pretexto 'garantista' de defender direitos dos investigados – à semelhança do que têm feito os brasileiros, ao minar as Dez Medidas contra a corrupção ou ao tentar aprovar a lei de abuso de autoridades. Há chiadeira e protestos. Até que, em 1997, aprovam uma nova lei sobre 'abuso de poder', manietando o Judiciário. Derrubada na Suprema Corte, ela volta como emenda à Constituição. Outras leis enfraquecem as delações, a divulgação de processos e escutas, reduzem prazos de prescrição e dificultam o trâmite judicial. Novas regras, feitas sob medida, evitam a condenação ou fazem prescrever ações contra Berlusconi e seus asseclas

O método utilizado na operação, consideravelmente similar à Lava Jato no Brasil, com colaborações premiadas, prisões, vazamentos para a imprensa e considerável conquista da opinião pública, pode ter sido um dos fatores nesta hipótese. O que os legisladores italianos fizeram se assemelha aos que os legisladores brasileiros tentam fazer no ordenamento pátrio, isto é, de toda forma “amarrar” as mãos dos juízes e procuradores, sempre com o fundamento de garantir direitos e garantias constitucionais, o que beneficiou, de fato, o citado Silvio Berlusconi.

Davigo (2016, p. 19) afirma como causa também do posterior fracasso:

Muitas sentenças de absolvição derivaram da incapacidade de utilizar provas que antes eram utilizáveis (graças a leis aprovadas nesse meio tempo) e, diante do silêncio dos meios de comunicação, apresentadas como atestados de inocência. Foi muito alto o número de sentenças não executadas devido à prescrição, jamais renunciada pelos acusados, nem mesmo por aqueles que ocuparam cargos públicos, esquecidos de que o artigo 54 da Constituição exige-lhes 'disciplina e honra', sem que ninguém os recordasse sobre o dever de honra

Nota-se que, da mesma forma com que tentaram fazer no Brasil atualmente, o parlamento italiano, à época, aprovou uma lei de abuso de autoridade, uma lei contra as delações, reduziu os prazos prescricionais e, em todo caso, dificultou o tramite judicial. Percebe-se que não somente os procuradores e magistrados copiaram a operação Mãos Limpas, mas os criminosos no Brasil também. No entanto, com outros olhos, o de como implodir a operação Lava Jato de

maneira análoga a como foi implodida as Mãos Limpas, pode-se citar, como exemplo, a Lei de abuso de autoridades ou a tentativa de obstar a colaboração premiada tendo como colaborador indivíduo que esteja preso.

2.3 Operação Lava Jato: por onde Começou

A operação Lava Jato começou a ser desenvolvida em março de 2014, na Justiça Federal de Curitiba-PR. Teve início processando doleiros e organizações criminosas ligadas ao mercado de câmbio e, posteriormente, descobriu-se um grande envolvimento de corrupção na empresa petrolífera nacional Petrobrás.

Em 17 de março de 2014, foi iniciada a primeira fase da operação contra quatro doleiros. Nesta fase, foram cumpridos 81 mandados de busca e apreensão. Ninguém tinha noção de que a partir disto nasceria a maior operação contra a corrupção que o Brasil já viu. Nesta fase, foi preso o famoso doleiro Alberto Youssef.

Em 20 de março de 2014, ocorreu a segunda fase da operação. Nesta, o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa foi preso e foram cumpridos outros seis mandados de busca e apreensão, pelos quais foram recolhidos cerca de 80 mil documentos. Esses documentos foram analisados conjuntamente aos monitoramentos de conversa e dados bancários dos investigados pela operação.

Quanto a isto, Gomes (2017, p. 51) aduz:

A partir da investigação das atividades de Youssef chegou-se em Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras nomeado em 2004 a pedido do Partido Progressista. Aí se descobriu o fatiamento das diretorias da Petrobras no governo petista. As três principais ficaram com PT, PP e PMDB, mas outros partidos também eram beneficiados – como sabemos, a corrupção é sistêmica

Em relação à prisão de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, segundo a Folha de São Paulo (2018, s.p.):

Youssef tinha negócios com um ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa, grandes empreiteiras e outros fornecedores da estatal. Os dois foram presos em março de 2014, e a partir daí os desvios em obras da Petrobras se tornaram o foco principal da investigação

Para conseguir analisar todos os documentos e propor as denúncias, foi formada, em abril de 2014, uma força-tarefa por um grupo de Procuradores da República. Todas as provas que foram colhidas apontaram para um esquema de corrupção grandioso com lavagem de dinheiro dentro da Petrobras. As investigações foram aprofundadas e marcaram o início da segunda fase da operação. A partir da prisão do doleiro Alberto Youssef e, posteriormente, do ex-diretor de abastecimento da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, os desvios na Estatal Petrobrás se tornaram o maior foco da operação.

Segundo o Ministério Público Federal (2018, s.p.), a justiça cumpriu mandados de busca e apreensão em 11 de abril de 2014, sendo a 3º fase da operação. A Petrobras prontamente colaborou e entregou os documentos necessários. No mesmo dia, foram cumpridos outros mandados, num total de 2 mandados de prisão temporária, 6 de condução coercitiva e 15 de busca e apreensão.

Posteriormente, o Ministério Público da Suíça entrou em contato com o Ministério Público Federal para informar que Paulo Roberto Costa, ex-diretor da estatal, tinha mais de US\$ 27 milhões nos bancos suíços, que foram bloqueados.

De acordo com Blay (2014, s.p.), a iniciativa partiu do próprio Ministério Público Suíço:

A procuradoria suíça disse ainda que partiu da instituição oferecer ajuda às investigações brasileiras. Tanto as contas que escondiam o dinheiro desviado como as movimentações bancárias realizadas foram localizadas pelas autoridades do país

Eles tentam agilizar a liberação de 27 milhões de dólares que estariam depositados em cinco contas de Paulo Roberto Costa. Segundo o MPF, o próprio ex-diretor autorizou a repatriação do dinheiro

A colaboração premiada de Paulo Roberto Costa foi assinada em 27 de agosto de 2014 – após este ser preso pela segunda vez, já que havia sido solto por decisão do Supremo Tribunal Federal –, com a sua homologação pelo juízo se dando em 30 de setembro do mesmo ano. O acordo contou com a iniciativa do ex-diretor. No acordo, Costa se comprometeu a devolver as propinas que havia recebido, contar os crimes que havia cometido e indicar outros criminosos, em troca dos prêmios legais, que seriam perdidos caso ficasse provado que ele mentiu ou ocultou fatos, como forma de rescisão do acordo. O acordo de delação foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal, já que havia políticos com foro

privilegiado envolvidos na colaboração. No dia 24 de setembro de 2014, o doleiro Alberto Youssef também realizou acordo de colaboração premiada com a força-tarefa do Ministério Público Federal.

Nestes termos, segundo a Folha de São Paulo (2018, s.p.):

Em agosto de 2014, após ser preso pela segunda vez, Costa aceitou colaborar com as investigações em troca de redução da pena. Afirmou que ele e outros diretores da Petrobras cobravam propina e repassavam o dinheiro a políticos. Youssef também virou delator

Como mostra também Gomes (2017, p. 51):

Os dois confessaram suas participações em múltiplos crimes e delataram muitas pessoas, dentre elas, diversos políticos e empresários, que também seriam criminosos contumazes. A tampa do tradicional sistema político-empresarial começou a ser aberta por força da lei da delação premiada (12.850/13) e das provas que foram sendo obtidas

As provas e os depoimentos colhidos pelas colaborações permitiram o avanço da investigação em direção a grandes empresas e empresários do cenário nacional, que pagavam propinas aos agentes públicos.

A primeira sentença condenatória resultante da operação Lava Jato ocorreu no dia 20 de outubro de 2014. Dois dias depois, os primeiros executivos começam a realizar o acordo de colaboração premiada. São eles: Augusto Ribeiro de Mendonça Neto e Júlio Gerin de Almeida Carvalho.

Foram executados pela Polícia Federal, em conjunto com a Receita Federal, no dia 14 de novembro de 2014, 85 mandados diversos, em diversas cidades do país, sendo a 7ª fase da operação, precisamente em renomadas e grandes empresas de construção civil, como a Camargo Correa, Grupo OAS, Odebrecht, Construtora Queiroz Galvão, Engevix, Mendes Junior Trading Engenharia, Galvão Engenharia, UTC Engenharia, IESA Engenharia. O que demonstrou que as maiores empresas de engenharia e construção do Brasil, e até do mundo, estavam profundamente envolvidas em um dos maiores esquemas de corrupção do Brasil, pagando propinas, superfaturando contratos, corrompendo licitações, entre outros crimes posteriormente descobertos. Em resumo a esta fase, segundo o Ministério Público Federal (2018, s.p.), “prisões dos primeiros empreiteiros e novos operadores do esquema de desvio de recursos da Petrobras. Na mesma operação foi decretado o bloqueio de aproximadamente R\$ 720 milhões

em bens pertencentes a 36 investigados”. Foram presos donos e funcionários das empreiteiras ora citadas e, inclusive, o ex-diretor de Engenharia e Serviços da Petrobras, Renato Duque, que foi posteriormente solto em 03 de dezembro de 2015.

Posteriormente, no dia 19 de novembro de 2014, Pedro Barusco, outro ex-gerente da Petrobrás, fecha acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, no qual se comprometeu a devolver, ao erário nacional, R\$ 182 milhões de reais, o que era, segundo o Ministério Público Federal, até o momento, o maior valor a ser devolvido aos cofres públicos.

Os procuradores da força-tarefa da Lava Jato, mais precisamente em 11 de dezembro de 2014, ofereceram denúncias criminais contra seis empreiteiras e seus executivos, sendo, ao todo, denunciadas 36 pessoas, pela prática de 215 crimes de lavagem de dinheiro e de organização criminosa e 154 de corrupção. Dos acusados, 23 pertenciam aos quadros das empresas Camargo Correa, OAS, UTC, Mendes Junior, Galvão Engenharia e Engevix.

Em 23 de dezembro de 2014, houve novas denúncias criminais, envolvendo outro ex-diretor da Petrobras, que à época era Diretor Internacional da Estatal, Nestor Cerveró, por prática de corrupção, crimes financeiros e lavagem de dinheiro, envolvendo valores na casa dos R\$ 53 milhões. No dia 14 de janeiro de 2015, o então diretor foi preso preventivamente, um dia após serem cumpridos mandados de busca e apreensão em sua residência. A prisão foi decretada por estarem confirmados fortes indícios de que continuava a praticar crimes, mesmo depois de denunciado criminalmente.

Em 22 de janeiro de 2015, foi decretada nova prisão preventiva contra Cerveró, sendo esta fundamentada porque o ex-diretor também tem cidadania e passaporte espanhol, o que foi omitido das autoridades, ficando claro, para as autoridades, a intenção de possível fuga do país. Novas evidências foram se confirmando em face do ex-diretor, como uma empresa que era proprietária de um imóvel onde residiu, sendo aquela utilizada para trazer, para o Brasil, dinheiro ganho no exterior ilicitamente.

A pedido do Ministério Público Federal, a Polícia Federal, no dia 05 de fevereiro de 2015, realizou a nona fase da operação Lava Jato. Nesta etapa, foram cumpridos três mandados de prisão temporária, um de prisão preventiva, 18 conduções coercitivas e 40 de busca apreensão, em diversos estados. O objetivo era produzir provas sobre pagamentos de propinas a agentes públicos que estavam

relacionados à diretoria da Petrobras e à BR Distribuidora, que é uma subsidiária da empresa. O que chamou atenção dos procuradores e de todos foi que o esquema de corrupção que envolvia a empresa subsidiária de Petrobras, BR Distribuidora, era um esquema que estava ocorrendo atualmente, não sendo interrompido mesmo com o avanço da operação Lava Jato. Neste mesmo dia, João Vaccari Neto, à época tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, foi levado para prestar depoimento.

Posteriormente, observa-se que a 10ª fase da operação Lava Jato foi marcada pela prisão do ex-diretor de Serviços da Petrobras, Renato Duque, pela segunda vez. Neste mesmo dia, houve denúncia por parte do Ministério Público Federal da diretoria de serviços da Petrobras, envolvendo 27 pessoas que cometeram, entre outros crimes, corrupção.

Quanto a décima fase, segundo o Ministério Público Federal (2018, s.p.):

Nesta fase é preso pela segunda vez o ex-diretor de Serviços da Petrobras, Renato de Souza Duque. Investigações apontaram a prática de crimes de associação criminosa, uso de documento falso, corrupção ativa e passiva, além de fraude em processo licitatório e lavagem de dinheiro. No mesmo dia, 16 de março, foi oferecida denúncia referente à Diretoria de Serviços da Petrobras, envolvendo 27 pessoas que cometeram crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa, incluindo o ex-diretor Renato de Souza Duque

Renato Duque, que havia sido solto em 03 de dezembro, volta a ser preso, já que, segundo a Polícia Federal, ele estava movimentando dinheiro em contas no exterior, além de a investigação mostrar a prática de outros crimes, como associação criminosa, corrupção passiva e ativa, lavagem de dinheiro, entre outros.

Este pequeno exposto demonstra o início da operação Lava Jato, que foi marcado por grandes descobertas de que havia uma corrupção enraizada no sistema, a chamada corrupção sistêmica, presente na principal Estatal petrolífera do país. Uma quantidade inesperada e grandiosa de políticos estaria envolvida com as maiores empresas de engenharia e construção civil, com o pagamento de propinas e fraude em licitações, incluindo doleiros que tinham o objetivo de “lavar” grandes quantias de dinheiro para empresários e políticos. Enfim, um cenário caótico.

2.4 O Legado das Mãos Limpas e a Operação Lava Jato

Tanto as Mãos Limpas, como a Lava Jato, começaram de maneira modesta, sem saber a dimensão que tomariam.

A operação Mãos Limpas, como dito, teve, como marco iniciatório, em fevereiro de 1992, a prisão de Mário Chiesa. Já a Lava Jato, em março de 2014, a prisão de doleiros, incluindo Alberto Youssef e, 3 dias depois, a prisão de o ex-diretor da Petrobrás Paulo Roberto Costa. As operações tiveram início em contextos e épocas diferentes, no entanto, tanto na Itália, como no Brasil, evoluíram como uma “bola de neve” e revelaram um caso de corrupção sistêmica. Não foi a revelação de um crime de corrupção ou vários crimes de corrupção, mas sim que a corrupção tinha chegado a níveis alarmantes e já estava dentro do sistema. Por isso o nome de corrupção sistêmica, pois ela já fazia parte do sistema, ali estava enraizada, sendo até para muitos considerada como um “negócio”.

Os processos em Curitiba, no âmbito da operação Lava Jato, em grande parte, envolvem os contratos da Petrobrás. Foi constatado foi uma espécie de desvio da Estatal, em que grandes fornecedores fraudavam as licitações e, com isso, evitavam que houvesse uma verdadeira competição, de modo que ganhavam os contratos oferecendo preços maiores. Por outro lado, na perspectiva dos agentes da Petrobrás, o recebimento de propinas era calculado em cima de percentuais referentes aos valores do contrato, quase como se houvesse uma tabela de propina, muito análogo ao caso Italiano, pois lá também se tinha tabela de propinas em contratos públicos. Além disso, foi constatado que partes desses valores pagos em propinas era destinado a agentes e partidos políticos que, para isso, mantinham aquelas pessoas em seus cargos na petrolífera, ou seja, os agentes políticos eram colocados nos cargos da Petrobrás, de maneira com que desviassem valores e repassassem aos partidos.

Quanto ao exposto, Gomes (2017, p. 51) aduz seus efeitos:

Olhando o conjunto da obra, vê-se que a corrupção na Petrobras faz parte de um sistema promíscuo muito maior, de um sistema endêmico, que é uma das causas do nosso subdesenvolvimento, das desigualdades e das injustiças que caracterizam nosso país

Similarmente à Itália, a investigação revela que a corrupção era algo serial, sendo considerado algo “normal” em todo e qualquer contrato público, como

se não houvessem contratos públicos sem o desvio de verbas, no sentido de que a “regra” era o pagamento de propinas. Basta ver a quantidade de investigados. Em um caso de corrupção sistêmica, o que se tem é a prática desses crimes de uma maneira contínua, isto é, pessoas constroem uma verdadeira carreira criminosa, sendo recorrentes nos ilícitos.

Moro (2016, p. 6) afirma como causa:

A incapacidade dos sistemas de Justiça criminal para levar a bom termo casos de corrupção sistêmica envolvendo importantes agentes públicos ou privados tem uma relação direta com o agravamento do problema. Impunidade e corrupção sistêmica andam de mãos juntas

No âmbito da operação Lava Jato, foi possível identificar diversas situações que caracterizam o caráter sistêmico da corrupção. Agentes políticos condenados criminalmente, sendo que a investigação revela que receberam propinas em outros esquemas anteriores, inclusive, pessoas condenadas no caso do Mensalão continuavam da mesma forma a praticar crimes.

Quanto ao Mensalão, Gomes (2017, p. 58) afirma que: “o nascimento e o fortalecimento da Operação Lava Jato têm origem no Mensalão em 2012, quando se descobriu que era possível implodir o sistema corrupto, submetendo-o ao império da lei”.

Os meios utilizados como forma de combate a corrupção sistêmica em ambas operações têm uma total similitude. Nas Mãos Limpas, foi muito utilizada a prisão preventiva e, no Brasil, não há dúvida que a prisão preventiva deve ser uma exceção, isto é, a prisão deve ser após o julgamento e não anteceder ao julgamento. Porém, mesmo a legislação brasileira e a do mundo inteiro em geral permite que esta seja utilizada com alguns objetivos, como proteger provas – pois a principal atitude de um indivíduo que está na iminência de ser descoberto é a destruição de provas – evitar fugas, evitar a continuidade da prática reiterada de crimes, sendo disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro no art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

O quadro identificado nas operações fez com que a prisão preventiva se tornasse necessária. A prisão preventiva é um instituto polêmico, no entanto, sendo utilizada nos moldes previstos no ordenamento pátrio, é um instrumento consideravelmente eficaz para interromper as carreiras criminosas antes do

juízo definitivo. Na Itália, com o largo sucesso das investigações, o instituto das prisões cautelares “passou a ser criticado como contrário ao Estado de Direito, como se a própria contaminação do regime democrático pela corrupção sistêmica não o fosse” (MORO, 2016, p. 8).

Nas Mãos Limpas foi muito utilizada a delação por parte dos investigados, porém, em contextos diferentes ao do Brasil, pois, na Itália, não havia o instituto da delação premiada em relação a crimes de corrupção. Porém, muitas vezes as pessoas eram processadas e acabavam revelando seus crimes e imputando cúmplices.

Quanto à operação Lava Jato, foi feito abundante uso da colaboração premiada, pois se tem esse instituto de maneira mais clara e específica na legislação Brasileira, como na Lei nº 12.850/13, diploma normativo que disciplinou expressamente o procedimento de colaboração premiada a ser seguido, seus legitimados para realizarem o acordo, prêmios legais, objetivos do acordo, direitos do colaborador, entre outros. É um instituto que não deixa de ter suas polêmicas, porém, em todo caso, sendo bem utilizado nos moldes previstos na legislação vigente, serve para o impulsionamento das investigações e para revelação desses crimes, que são cometidos em segredos, sem vítimas diretas, isto é, a vítima não participa do crime. A vítima, geralmente, é o erário público, pois a corrupção envolve quem paga e quem recebe, e se eles se calarem ninguém nunca saberá de nada. Pontua-se a colaboração premiada como um dos institutos mais importantes que possibilitaram a continuidade da investigação e sucesso da operação Lava Jato.

Moro (2016, p. 7) explica quanto aos remédios utilizados:

Necessários, em esquema de corrupção sistêmica, métodos especiais de investigação, pois a corrupção é praticada em segredo, não sendo facilmente descoberta ou provada. A colaboração premiada, que rompe a aliança entre corruptor e corrupto, é um desses métodos, mas não o único. Medidas judiciais fortes, como a prisão cautelar, podem mostrar-se também necessárias para romper o ciclo de reiteração delitiva e igualmente prevenir indevidas interferências na colheita de prova e no normal andamento do processo. Em um contexto de corrupção sistêmica, penetrante, profunda e disseminada nas instituições e na sociedade civil, a adoção de remédios excepcionais não pode ser considerada uma escolha arbitrária, mas medida necessária, na forma da lei, para romper o ciclo vicioso

Utilizar um criminoso contra o outro é uma técnica de investigação importante, que é trazida no âmbito da Lei de Organizações Criminosas como um meio de obtenção de prova, que precisa ser corroborada por outras provas. Não há

dúvida quanto a isso, já que ninguém pode ser condenado apenas com base nas palavras de um colaborador, conforme o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Tanto quanto possível, mesmo o criminoso colaborando, a este tem que correr alguma responsabilidade, de modo que, mesmo sendo permitido nos moldes do diploma legal ora citado, o perdão judicial é uma benesse legal que deve ser descartada, pois é de suma importância que as pessoas sofram as consequências dos ilícitos por elas praticados. Com efeito, a despeito de toda controvérsia, não pode um indivíduo praticar crimes de tamanhas proporções e ser “perdoado”, mesmo com a relevância de sua colaboração, de modo que, nestes casos, devem-se utilizar os outros prêmios legais disponíveis em Lei, de modo a não influenciar aqueles que resolverem colaborar, a se querer fixar, como termos do acordo, o perdão judicial em troca de prestação de informações a que tenha conhecimento.

Ainda em um quadro comparativo entre Mãos Limpas e a Lava Jato, os números da operação Mãos Limpas são muito mais expressivos e de saltar os olhos. Segundo Moro (2016, p. 875), dois anos após o início da operação na Itália, 6.059 pessoas estavam na mira dos órgãos de persecução penal italiano sob investigação. Desses, 872 eram empresários, 1.978 administradores e 438 parlamentares. Por sua vez, 2.993 mandados de prisão foram sido expedidos.

Na obra de Barbacetto, Gomez e Travaglio (2016, p. 837-838), os autores afirmam que a operação resultou, no período entre 17 de fevereiro de 1992 a 6 de março de 2002, segundo os dados oficiais da Procuradoria da República de Milão, 4.520 processos considerados, dos quais 1.320 foram transferidos para outras procuradorias e 3.200 pessoas tiveram pedido de julgamento. Desses pedidos, alguns foram julgados pelo juiz da audiência preliminar (GUP), que resultaram em: 609 pessoas foram condenadas e 480 absolvidas, sendo 269 absolvidas por sentença de mérito e 211 por extinção do crime (dentre estes, 179 pela prescrição). Entre as pessoas levadas a julgamento pelo “GUP”, os processos que foram transferidos para o Tribunal resultaram em um total de 645 condenações; resultaram em absolvição 430 – 161 no mérito, 269 por extinção do crime, dos quais 243 por prescrição –, 38 processos foram transferidos pelo Tribunal para outra autoridade judiciária e 467 (à época) ainda estavam pendentes, sendo 274 pendentes frente ao “GUP” e 193 pendentes frente ao Tribunal. Resultantes de um total de 1.121 processos julgados com sentença definitiva. Realmente, os números mostram a proporção que a operação tomou.

Ainda quanto aos números resultantes da operação, Barbacetto, Gomez e Travaglio (2016, p. 837):

A operação Mãos Limpas, conduzida em Milão por um *pool* de cinco juízes, entre 1992 e 1994, produziu cerca de 1.300 declarações de culpa, entre condenações e acordo definitivos [...].

Mesmo que a *vulgata* político-jornalística diga que foram quase todos absolvidos, o percentual de absolvições no mérito (isto é, de réus eram estranhos aos fatos), foi em torno de 5 a 6%. O resto, cerca de 40% dos investigados, salvaram-se graças à prescrição, às sutilezas processuais ou às modificações legislativas, feitas sob medida. Em todo caso, à parte os desaparecidos, quase todos os investigados de 1992 a 1994 e dos anos seguintes, como quer que tenham sido concluídos os seus processos, permaneceram ou voltaram rapidamente à vida pública

No entanto, não se trata de uma questão puramente numérica, mas sim uma questão do caráter ilustre de vários desses presos que nunca se imaginou que poderiam responder e ser provada sua responsabilidade efetivamente perante instituições de Justiça. Isso ocorreu tanto na Itália quanto tem ocorrido dia-a-dia no Brasil.

Expostos os números da operação Mãos Limpas, realizou-se um comparativo com a Lava Jato, na qual, segundo o Ministério Público Federal (2018), a operação já resultou em: 2.476 procedimentos instaurados; 1072 mandados de busca e apreensão; 227 mandados de condução coercitiva; 120 mandados de prisão preventiva; 138 de prisão temporária; 6 prisões em flagrantes; 548 pedidos de cooperação internacional; 176 acordos de colaboração premiada com pessoas físicas; 11 acordos de leniência e 1 de termo de ajustamento de conduta; 82 acusações criminais contra 347 pessoas (sem repetir o nome); 215 condenações contra 140 pessoas, contabilizando 2.036 anos, 4 meses e 20 dias de pena; valor total do ressarcimento pedido, incluindo multas, R\$ 39,9 bilhões; os crimes denunciados envolvem pagamento de propina de R\$ 6,4 bilhões; R\$ 12,3 bilhões são alvos de recuperação por meio de acordos de colaboração premiada; cerca de R\$ 3,2 bilhões em bens dos réus já bloqueados (dados atualizados até 15 de outubro de 2018).

Realizado o quadro comparativo, chega-se à conclusão de que os números da operação Mãos Limpas são muito mais significantes quando comparados com a operação Lava Jato. No entanto, deve-se lembrar que a operação não acabou e nem pretende acabar, portanto, tem-se a total certeza de que esses números serão cada dia mais volumosos. Não se pode deixar de levar em

conta que, assim como na Itália, no Brasil nunca se tinha visto uma operação com tamanha eficácia.

Quanto a um comparativo entre as operações e o momento, é oportuna a citação de Moro (2016, p. 885), que alude:

No Brasil, encontra-se presentes várias das condições institucionais necessárias para a realização de ação judicial semelhante. Assim como na Itália, a classe política não goza de grande prestígio junto à população, sendo grande a frustração pelas promessas não-cumpridas após a restauração democrática. Por outro lado, a magistratura e o Ministério, Público brasileiros gozam de significativa independência formal frente ao poder político. Os juízes e os procuradores da República ingressam na carreira mediante concurso público, são vitalícios e não podem ser removidos do cargo contra a sua vontade. O destaque negativo é o acesso aos órgãos superiores, mais dependentes de fatores políticos. Destaque também negativo merece a concessão, por lei, de foro especial a determinadas autoridades públicas, como deputados e ministros, a pretexto de protegê-los durante o exercício do cargo. O pretexto não parece coerente com as modificações decorrentes da controversa Lei n. 10.628/2002, que estenderam o privilégio para período posterior ao exercício do cargo

O magistrado Brasileiro suscita que da mesma forma que foi possível o avanço das investigações na Itália, os fatores nacionais são propícios para o mesmo ocorrer no âmbito da operação Lava Jato. Primeiramente, é fato que políticos atualmente no Brasil não gozam de grande apoio da população, já que a maioria da população vê com “maus olhos” tal classe. A descoberta de ilícitos praticados por grande parte destes é um dos motivos de tal revolta populacional. Um fator que parece um tanto quanto desfavorável é o foro privilegiado, simultaneamente às indicações políticas para os órgãos superiores. Este é um fator que, de certo modo, beneficia uma larga escala de autoridades públicas praticantes de crimes, seja por prolatar o julgamento de tais personalidades que podem se beneficiar da prescrição, seja por ser julgado por apadrinhados posto no cargo por indicação.

Quanto a este aspecto, Gomes (2017, p. 72) cita:

A Lava Jato, em princípio, já foi longe o suficiente para não morrer de inanição. Digo isto porque nunca se sabe o que mais pode vir do STF depois das concessões de foro privilegiado a políticos citados na operação, como nos casos de José Sarney e Moreira Franco. Aliás, se a regra firmada em favor de Sarney for universalizada, a Lava Jato estará morta. Todos os réus passariam para a competência do Supremo, que é – no âmbito do foro privilegiado – o tribunal mais moroso do país

O autor (2017, p. 72) alerta para os perigos da concessão de foro privilegiado a corruptores políticos e, ainda, afirma que se a regra firmada em favor de José Sarney for universalizada, a Lava Jato estará morta. O que o autor quer dizer com a regra firmada em favor de Sarney, é sobre a decisão tomada pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de conceder o foro privilegiado a José Sarney por entender que as investigações estariam ligadas a outros suspeitos com foro privilegiado, de forma que o ex-presidente e ex-senador deveria ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. De todo modo, defende-se que o Supremo Tribunal Federal deveria restringir o foro privilegiado a casos referentes a Parlamentares que praticam crimes que não dizem respeito à sua função. Isto, na prática, tem um resultado extremamente positivo, já que a maior parte dos investigados pela operação Lava Jato, hoje, perante ao Supremo Tribunal Federal, passará a ser investigada perante a 1ª instância, o que pode potencializar e fortalecer a operação e seus resultados seriam extremamente positivos, pois, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal é o Tribunal mais moroso do país, devindo à grande carga de processos que chegam todos os dias.

Em relação à 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, cabem algumas considerações. O Procurador da República Deltan Dallagnol, em entrevista concedida à rádio Jovem Pan, alega que, nos últimos tempos, precisamente entre 2017 e 2018, houve 27 decisões emitidas pela 2ª Turma, por três Ministros, quais sejam, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que foram contrárias a aquilo que o Ministério Público pretendia nas investigações, sendo contrárias à própria Lava Jato. Ainda suscitou que, com a entrada da Min. Carmen Lúcia na 2ª Turma, o placar que sempre está sendo de 3x2 de maneira contrária à Lava Jato possa se inverter, sendo 3x2 a favor da operação. Quanto à recente eleição do Min. Dias Toffoli à presidência do Supremo Tribunal Federal, o Procurador vê um risco, principalmente ao período de recesso, que é quando o Presidente assume as funções de plantonistas e pode decidir monocraticamente, determinando solturas, paralisando a investigação, nos períodos de dezembro à janeiro, quando a opinião pública está mais desmobilizada. Então, este período oferece um risco maior, principalmente, porque as posições externadas pelo Min. Dias Toffoli, na 2ª turma, são posições que tendem, em diversos casos, a ser contrárias ao que era melhor para o andamento da investigação. O Procurador da República também alega que a impossibilidade de prender um réu após decisão em segunda instância vai gerar a

impunidade praticamente absoluta aos criminosos do “colarinho branco” no Brasil, dando a eles praticamente um salvo conduto para praticar crimes e não serem presos. Isto porque, no Brasil, o processo judicial se arrasta por 4 (quatro) instâncias, sendo o único país do mundo com quatro instâncias, havendo recursos sem fim que são explorados para fazer com que os processos demorem 20 anos ou mais, e a demora do processo gera a prescrição. O procurador ainda suscita que o sucesso da operação Lava Jato é decorrência de um conjunto de fatores. Têm-se o apoio imprescindível da sociedade, um novo modelo de investigação, que envolve colaborações premiadas, cooperação internacional e a mudança geracional, pois há uma nova geração que vê o Direito e o Processo Penal não só como um instrumento de limitar o Estado na punição sobre réus, mas como um instrumento também de proteger a sociedade, sendo uma mudança de visão do Processo penal. É uma geração que busca mais eficiência, que atenta mais para as tecnologias, para resultados e menos para teorias. Suscita, ainda, que as pessoas não podem colocar as expectativas de mudanças somente sobre a Justiça, que esse foi o erro italiano, pois não existem heróis (informação verbal)¹.

Não obstante essas alegações do procurador que coordenada a Força-Tarefa da Lava Jato em Curitiba, este produziu um documento em resposta a um procedimento disciplinar aberto contra ele a pedido do Min. Dias Toffoli, protocolizado na Corregedoria Nacional do Ministério Público, no qual enumerou as citadas 27 (vinte e sete) decisões da segunda turma que considerou contrárias à Lava Jato, do qual 16 (dezesesseis) são sobre liberações de presos, 4 (quatro) sobre rejeições de denúncias e 5 (cinco) remessas de processos para a Justiça Eleitoral ou outras jurisdições. Deu ainda realce a decisões monocráticas do Min. Gilmar Mendes, o qual concedeu 47 (quarenta e sete) habeas corpus para libertar presos.

Assim como a operação Mãos Limpas na Itália, no Brasil a Lava Jato encontra sérias barreiras institucionais para o avanço das investigações, que vem até mesmo de dentro do próprio sistema. Caso se continue assim, a operação está destinada a ter o mesmo fim da *mani pulite*.

¹ Entrevista concedida pelo Procurador da República Deltan Dallagnol a Jovem Pan News, em 21 de setembro de 2018.

Moro (2016, p. 885) traz uma lição:

[...] a ação judicial não pode substituir a democracia no combate à corrupção. É a opinião pública esclarecida que pode, pelos meios institucionais próprios, atacar as causas estruturais da corrupção. Ademais, a punição judicial de agentes públicos corruptos é sempre difícil, se não por outros motivos, então pela carga de prova exigida para alcançar a condenação em processo criminal

Assim como foi na *mani pulite*, a opinião pública é de suma importância para a operação Lava Jato. O autor ainda mostra que não se pode crer somente em uma ação judicial para combater a corrupção sistêmica instaurada no Brasil. De toda sorte que a população tem mecanismos também para tanto, como por meio do voto, não elegendo políticos envolvidos em casos de corrupção e que fizeram da política um verdadeiro “negócio”. Devem-se atacar as causas estruturais que emergem da corrupção. Quanto à opinião pública, Gomes (2017, p. 67) afirma: “sem uma intensa mobilização popular, em dois tempos as forças do sistema perverso reduzirão a Lava Jato a pó”. Desta forma, é um direito e também um dever moral da população apoiar operações que pretender submeter ao império da lei os poderosos praticantes dos “crimes do colarinho branco”, de modo a garantir uma democracia de melhor qualidade.

Como ora citado acima, vê-se que não se resolve o problema de um país somente com processos judiciais. Estes são importantes, a redução da impunidade é fundamental, porque se esses crimes não tem uma resposta eficaz, a tendência é que cresçam, de modo que a redução de impunidade pelos processos judiciais não é, sozinha, condição suficiente para se superar o quadro sistêmico de corrupção.

Nota-se que o que se viu nos casos da Petrobras é que foi utilizado loteamento político de cargos, sendo uma das fontes de corrupção. Os cidadãos, a sociedade, a imprensa, devem clamarem por reformas por parte de suas lideranças políticas, não se pode explorar uma Estatal da forma como veio sendo explorada somente para benefícios próprios e de partidos políticos.

Quanto ao fatiamento da Petrobras, Gomes (2017, p. 52) alude:

Uma das primeiras constatações da Lava Jato foi que o governo petista (2003-2016) fez o fatiamento das principais diretorias da Petrobras com o propósito de garantir o (custoso) financiamento dos políticos e dos partidos

aliados assim como para assegurar sua própria governabilidade, mediante a 'compra' de parlamentares

Outro caso interessante foi a de um agente político, no qual em seu apartamento foram encontradas malas de viagem com dinheiro em espécie, totalizando R\$ 51 milhões de reais. Analisando-se a história deste político, nota-se que o mesmo já estava envolvido em práticas criminosas no início da década de 90, ou seja, é uma pessoa que fez do crime sua profissão. Caso o Estado tivesse dado a resposta necessária nesta época, a história deste apartamento poderia não existir. Outro caso de saltar os olhos, descoberto com a operação Lava Jato, refere-se à constatação de que uma das maiores empreiteiras nacionais envolvidas no esquema criminoso tinha um “departamento de propinas”, ou seja, não era algo ocasional, era algo estruturado para funcionar de forma periódica para a corrupção de agentes políticos. O que torna mais perturbador é que este departamento continuou a funcionar mesmo durante a operação Lava Jato, de forma que a resposta judicial a esses crimes deve ser séria e severa, pois, do contrário, essas pessoas não irão parar.

Uma das mazelas do sistema, suscitadas por Moro (2016, p. 885-886):

[...] o principal problema parecer ser ainda uma questão de mentalidade consubstanciada em uma prática judicial pouco rigorosa contra a corrupção, prática que permite tratar com maior rigor processual um pequeno traficante de entorpecentes (por exemplo, as denominadas 'mulas') do que qualquer acusado por crime de 'colarinho branco', mesmo aquele responsável por danos milionários à sociedade. A presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta, constituindo apenas instrumento pragmático destinado a prevenir a prisão de inocentes. Vencida a carga probatória necessária para a demonstração da culpa, aqui, sim, cabendo rigor na avaliação, não deveria existir maior óbice moral para a decretação da prisão, especialmente em casos de grande magnitude e nos quais não tenha havido devolução do dinheiro público, máxime em país de recursos escassos. Mais grave ainda, no Brasil, a prisão pós-julgamento foi também tornada exceção, para ela exigindo-se, por construção jurisprudencial, os mesmos pressupostos da prisão pré-julgamento. Com efeito, a regra tornou-se o apelo em liberdade. Tal construção representa um excesso liberal com uma pitada de ingenuidade. [...] não há como equiparar a situação processual do acusado antes do julgamento com aquela após a condenação, ainda que esta não seja definitiva

O excesso de impunidade em favor da classe política-empresarial corrupta, que sempre obteve esse “privilégio” no ordenamento, é um dos fatores do aumento contínuo de corrupção ao longo dos últimos anos. O princípio da presunção

de inocência é colocado muitas vezes de forma contrária às prisões pré-julgamentos. Há de se entender a previsão para tal, no entanto, não pode ser óbice para que, nos termos legais, prisões anteriores ao julgamento possam ser decretadas. O fundamento de violação ao Estado Democrático de Direito deve servir para prevenir a prisão de inocentes e não para beneficiar praticantes recorrentes de fatos ilícitos. De toda sorte que, mesmo após o julgamento, já com sentença condenatória em seu desfavor, a prisão ainda é considerada uma exceção. A prisão após julgamento em 2ª instância deve ser considerada como regra, pois se necessário for uma sentença definitiva transitada em julgado, com todo aparato recursal que o ordenamento jurídico brasileiro prevê, no qual muitas vezes recursos são interpostos com mera intenção protelatória e não para combater algum erro judiciário, a impunidade reinará sob a democracia.

Quanto à presunção de inocência, Moro (2016, p. 886) aduz:

Registre-se que a construção excessivamente liberal brasileira não é um resultado necessário do princípio da presunção de inocência previsto no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, pois este comporta várias alternativas interpretativas

Associado este quadro com o risco de posteriormente o Supremo Tribunal Federal entender pela impossibilidade de execução provisória da pena, o Brasil retroagirá, de modo a se ter um cenário de ampla impunidade, pois associado o risco da demora das decisões, juntamente com inúmeros recursos disponíveis, serão exploradas todas as “brechas” da lei para que tais indivíduos nunca sejam levados ao cárcere para pagar pelos seus crimes.

Piercamillo Davigo, um dos procuradores de Milão que trabalhou na força-tarefa das Mãos Limpas, faz uma colocação no constante à “seleção natural”, dizendo que, na Itália, eles correram atrás das “presas”, que eram pessoas corruptas, e as “presas” mais rápidas conseguiram fugir. Isto é o que ele chama de seleção natural dessas “presas”, ou seja, os corruptos mais hábeis permaneceram e foram capazes de se multiplicar. Usando uma linguagem mais médica, surgiu uma espécie de classe política corrupta resistente na Itália. Para o procurador que integrou o *pool* da Mãos Limpas, o desafio no tocante à Lava Jato é não atuar com o

“antibiótico” eficiente, de modo que gere como efeito uma classe política corrupta altamente resistente no Brasil (informação verbal)².

Quanto ao Brasil, destaca-se que as manutenções das prisões da Lava Jato se revelaram de maneira essencial, não somente em relação ao sucesso da operação, mas em relação à necessidade de proteger a sociedade dos danos e dos riscos que a liberdade dessas pessoas representa. Pois, como visto, estando os acusados (ou indiciados) soltos, continuarão a praticar seus crimes livremente. A operação avançou de modo rápido por causa das prisões, já que, quando uma pessoa está presa, a investigação consegue andar de modo mais rápido. Por outro lado, se todos fossem soltos, a Lava Jato entraria dentro de um padrão e o ritmo seria mais devagar, podendo até ser implodida, como foram as Mãos Limpas na Itália, o que aumenta a chance de prescrição, além do fato que somente a simples demora na efetivação da justiça já é em si uma injustiça.

A eficácia do sistema judicial brasileiro deixa a desejar no tocante aos crimes do “colarinho branco”. A gravidade quanto a isso é que a corrupção tende a se espalhar enquanto não encontrar barreiras eficazes para confrontá-la.

O sistema brasileiro deve se inspirar na operação Mãos Limpas, que, mesmo com seus erros e acertos, não há de se negar que foi exitosa. Da mesma forma que ocorreu na Itália, o sistema político-corrupto tentará de todas as formas parar a operação, criando barreiras que impeçam a sua eficácia.

² Resultante de sua palestra no Fórum Estadão – Mãos Limpas e a Lava Jato, em 24 de outubro de 2017.

3 A OUTRA FACE: O PODER DE BARGANHA NO PROCESSO PENAL

A barganha no Processo Penal Brasileiro está definida, segundo Vasconcellos (2015, p. 55): como “modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência [...]”. Contudo, a Justiça criminal negocial tem por objetivo consequências diversas, entre elas, a imposição de uma sanção com alguma redução da pena, gerando benefícios ao imputado que renuncia à defesa e ao seu direito constitucional de permanecer em silêncio. Determinados autores expõem que não há uma renúncia ao direito constitucional de permanecer em silêncio, mas apenas o seu não exercício.

Segundo Gomes (2015 s.p.), quanto à origem da justiça consensuada:

Como sistema global de resolução dos conflitos penais a Justiça consensuada (ou negociada) tem origem (no século XX) nos Estados Unidos da América que, seguindo a tradição anglo-saxônica, criaram um peculiar procedimento para permitir a negociação penal não só na criminalidade pequena ou média, sim, em todo e qualquer tipo de delito. A denominada ‘justiça pactada ou contratada ou negociada’ está centrada, especialmente, sobre a plea bargaining [...]

No Brasil, atualmente, o que se tem de barganha e de mecanismos de negociações são bem restritos. Têm-se as infrações de menor potencial ofensivo, dos Juizados Especiais, regulados pela Lei nº 9099/95, em que possibilitam a transação penal disposta expressamente em seu art. 76; a composição civil dos danos, o que importa em renúncia tácita ao direito de representação ou queixa – nos crimes de ação penal pública condicionada e nos de ação privada, respectivamente – estando presentes no art. 74 da lei em comento –; a suspensão condicional do processo, positivada no art. 89; e o caso da delação e/ou colaboração premiada, que, apesar de apresentar algumas características especiais, possui uma essência semelhante à barganha, fazendo parte da justiça penal consensual.

Assentada essa premissa, Santos (2017, p. 31) explica:

A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são *negócios jurídicos processuais despenalizadores*, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui uma veia *punitiva* – persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do colaborador. (grifo do autor)

A colaboração premiada é espécie da Justiça Penal negociada, no entanto, apresenta algumas características que a diferenciam dos demais institutos da barganha, pois busca punir, ainda que em menor intensidade, o colaborador, ao passo que as outras espécies – composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo – buscam despenalizar.

Além desses espaços atuais, no Brasil, tem-se fortes tendências de expansão do espaço de consenso. Tanto no PLS 156/09, que trata de um novo código de Processo Penal, quanto no PLS 263/12, que propõe um novo Código Penal, ambos os projetos possuem dispositivos que ampliam as possibilidades de acordo entre acusação e defesa. O PLS 263/12 introduz o instituto da barganha, sem qualquer limitação pela gravidade do delito, como é no direito Norte-Americano, porém essa previsão foi excluída no último relatório apresentado na Comissão de Constituição e Justiça no Senado.

O instituto da barganha e as negociações na justiça criminal são intensamente criticados pela doutrina, inclusive em países em que a utilização dessa prática é rotineira e indiscutível, como nos Estados Unidos, que utilizam a *common law*, onde grande parte das condenações são obtidas por meio da barganha e do reconhecimento de culpa por parte do acusado.

Fernandes (2005, p. 261) apud Costa (2017, p. 120) ao comentar sobre a barganha no sistema *common law*:

Tal parece ser a situação nos países de *common law*, em que os acordos processuais podem levar a benefícios que, de fato, constituem um verdadeiro julgamento antecipado pelo Ministério Público. Scarance Fernandes afirma que nos Estados Unidos, o promotor público é imbuído de ampla liberdade negociada, o que se traveste em vantagem em detrimento do imputado. Isso decorre da principiologia do processo penal na *common law*, baseado na oportunidade e na discricionariedade do acusador público

A Barganha, se apresentando como uma espécie de justiça consensual, conta com alguns elementos essenciais. Primeiro, a renúncia à defesa. Posteriormente, a imposição de uma sanção penal antecipada. Por último, a possibilidade de o réu receber alguma benesse legal.

3.1 Análise da Barganha Frente às Partes Negociantes

Realizar-se-á uma breve análise sobre as partes – órgão acusador e réu – e eventual prejuízo para a defesa neste sistema negocial.

Vasconcellos (2015, p. 180) ressalta que os institutos de barganha no processo penal determinam uma hipervalorização da atuação do acusador. Para o autor, o equilíbrio do sistema acusatório é posto em dúvida diante da hibridez das funções ministeriais, pois sua atuação extrapolaria o papel de acusador e assumiria também o papel de verdadeiro julgador. Assim, o Ministério Público se tornaria responsável por analisar a pertinência da ação penal, a culpabilidade do réu, e qual a sanção penal a ser aplicada para o caso em concreto.

Quanto à justiça negocial nos acordos de delação premiada, o professor Aury Lopes Junior afirma que se deve ter cautela e observar a legalidade, pois em inúmeras vezes o Estado negocia com alguém que é inocente, mas que se vê em necessidade de negociar para que não seja condenado a uma pena injusta e desproporcional, como acontece no modelo *plea bargain*, que está repleto de exemplos de pessoas inocentes que assumiram crimes que não praticaram e realizaram acordos por medo de imposição de uma pena injusta (informação verbal)³.

Quem defende a generalização da barganha aduz que esse mecanismo é um acordo entre as partes em situação de igualdade, que é realizada de um modo livre e informado pelo réu. Entretanto, são argumentos frágeis, porque a igualdade entre as partes é uma ilusão, já que neste sistema negocial ocorre a indevida utilização das funções decisórias pelo acusador. Isso porque o Ministério Público passa ser também o acusador, pois extrapola seus poderes por meio de ameaças de sanções penais mais graves em caso de recusa do acusado ao acordo, ou seja, não há igualdade entre acusação e defesa que possibilite um acordo aceitável. É complicado a defesa tomar uma posição de falar para o réu não realizar o acordo, pois posteriormente ele pode ser punido mais severamente. Então, o advogado aponta que a barganha é o melhor a ser feito.

³ Depoimento do Professor Aury Lopes Junior em audiência pública na Câmara dos Deputados no dia 21/11/2017.

Pois bem, no processo penal brasileiro, para que seja realizada a barganha, o princípio da oportunidade e da discricionariedade do Ministério Público estarão sempre limitados pela legalidade.

Neste contexto, Fernandes (2005, p. 258) destaca:

Afirma-se que não há eliminação dos poderes do juiz, o qual pode exercer, conforme o procedimento, até um tríplice papel. O primeiro, de apreciar o mérito com a finalidade de verificar se não é possível solução mais favorável ao acusado, podendo absolvê-lo ou declarar extinta sua punibilidade. Desempenharia um segundo papel ao examinar a qualificação jurídica do fato, ao apreciar as circunstâncias apontadas pelas partes para determinação da pena em concreto. O último papel seria o de constatar se o acusado, ao pedir o acordo ou ao concordar com a proposta do Ministério Público, estava suficientemente esclarecido e agiu de forma voluntária

Quanto aos perigos decorrentes da barganha no processo penal, Fernandes (2005, p. 267) aduz:

O juiz, por não influir mais de forma decisiva na solução da causa, tende a se acomodar à solução antecipada, vendo nela maneira rápida de resolução do processo, estimulando e forçando a realização dos acordos. Reservará o seu tempo para dedicação às causas restantes, de maior complexidade

Com efeito, o magistrado poderia se tornar acomodado, pois, sendo a barganha uma maneira mais rápida para solução da lide e não influenciando ele de maneira decisiva na causa, isso poderia estimular a forçar a realização de acordos.

Contudo, no processo penal brasileiro, o Ministério Público não assume uma função própria do papel de julgador. No entanto, para Costa (2017, p. 121): “em todo caso, ainda que o Ministério Público não assume um papel próprio de julgador, estamos longe de afirmar que há igualdade entre os sujeitos da colaboração premiada”.

Ao comentar sobre a posição do acusador, Costa (2017, p. 121) observa:

A hipervalorização da atuação do acusador de fato existe, pois, apesar do acordo essencialmente pressupor a paridade entre as partes acordantes, o Ministério Público tem uma imensa vantagem decorrente do domínio sobre todo o aparato estatal e sobre a informação

Nessa direção está Lopes Junior (2015, p. 9), ao dispor que os órgãos estatais naturalmente possuem superioridade sobre o acusado, podendo transformar o acordo em um perverso intercâmbio

Trazendo para o âmbito da colaboração premiada, diante da superioridade dos órgãos de persecução penal, o ideal seria:

[...] que os órgãos estatais (e aqui se considera também a Autoridade Policial) atuassem de forma justa e transparente, revelando ao imputado o conteúdo das investigações feitas em seu desfavor e informações relevantes para que fundamente sua decisão de colaborar (ou não) com a Justiça. A natureza negocial da colaboração premiada impõe-lhe a observância de princípios que visam justamente a equiparação das partes a um nível de paridade, como a boa-fé objetiva e a probidade. Além disso, o próprio processo penal tutela a igualdade e a paridade de armas, por meio da concretização de garantias constitucionais do imputado (presunção de inocência, ampla defesa, publicidade, entre outras) (COSTA, 2017, p. 121)

Para o autor, isso tudo seria necessário para se tentar suprir, ao menos um pouco, uma vantagem existente por parte do órgão estatal, que, para não se causar prejuízo para a defesa, todo o procedimento da colaboração premiada (que aqui se insere no contexto de justiça consensual) deve ser pautado pela transparência e legalidade.

3.2 Breve Análise da Barganha no Direito Estrangeiro

Iniciar-se-á a análise no direito comparado na legislação norte-americana, sendo ela referência na justiça penal negocial que influenciou o legislador brasileiro quanto à adoção da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro.

A colaboração processual, no sistema jurídico norte-americano, integrante da *common law*, tem características próprias que trazem uma estrutura jurídica diversa quando comparada aos países integrantes da *civil law*.

Os países adotantes da *common law* se preocupam em sistematizar sua aplicação aos *leading cases*, que são os casos concretos, nos quais suas normas jurídicas surgem a partir da análise de um caso concreto, sendo de matriz anglo-saxão. O processo penal brasileiro, de matriz romano-germânico, guarda profundas diferenças quanto à estrutura se comparado ao anglo-saxão.

Quanto à essa diferença, Santos (2017, p. 32):

Enquanto no sistema romano-germânico as normas de conduta encerram comandos abstratos, que, exatamente por isso, exigem uma abordagem teórica, na *common law* a lei nasce a partir da solução dada pelo Judiciário a um conflito de interesses concreto. Dessa forma, o que interessará aos operadores do Direito é avaliar se as nuances do caso submetido a julgamento ajustam-se a determinado precedente judicial

É oportuna a diferença entre as duas matrizes, suscitada por Damaska (1985) apud Min. Ricardo Lewandowski (Pet. 7265, DF, 14/11/2017, p. 18-19):

Uma das diferenças centrais desses sistemas consiste em que o anglo-saxão concebe o processo criminal como um instrumento para reger disputas entre duas partes (a acusação e a defesa), perante um juiz, cujo papel é eminentemente passivo, ao passo que o romano-germânico entende a ação penal como uma forma de apuração oficial dos fatos, a qual tem por finalidade lograr a apuração da verdade. Neste último, tradicionalmente, o responsável pela acusação também é visto como um guardião da lei e do interesse público, e não como mero agente estatal interessado na condenação

Com efeito, compreendem-se as diferenças entre os dois sistemas. No anglo-saxão, tem-se uma posição passiva do magistrado, ao passo que no sistema romano-germânico, sua posição é mais ativa na busca pela verdade real consistente na apuração dos fatos, tendo o órgão acusador suas diferenças nos dois sistemas.

No sistema romano-germânico vigora o princípio da obrigatoriedade em face do órgão acusador, consistente em que, ocorrendo um ato típico, antijurídico e culpável, este estará obrigado a realizar a propositura da ação penal em face do autor do fato típico, a qual, sendo proposta, é defeso a aquele desistir dela ao longo de todo o processo, por conta de outro princípio, o da indisponibilidade. Contrariamente, nos países de *common law* vigoram os princípios da disponibilidade da ação e da discricionariedade, podendo o promotor público desistir da ação penal já proposta, tendo, além disso, a livre decisão sobre iniciar ou não a ação penal.

Costa (2017, p. 48) aduz que: “o princípio da discricionariedade, portanto, modifica a maneira como o Ministério Público conduz a ação penal”.

Já para Rosa (2018, p. 100): “as cláusulas de disponibilidade, portanto, inserem mecanismos de barganha e negociação ampliados, tanto sobre o conteúdo da imputação como sobre os efeitos (penas, regimes, etc.) das sanções”.

Ambos os sistemas, apesar de suas diferenças, podem realizar incorporações um do outro, mas ainda comportam diferenças gritantes. Nesse sentido, Santos (2017, p. 32-33):

É certo que, ultimamente, a *common law* tem absorvido elementos do sistema romano-germânico, haja vista o intenso processo de codificação que vem sendo implementado na Inglaterra e nos Estados Unidos, assim como o sistema romano-continental tem incorporado institutos do sistema consuetudinário – por exemplo, o efeito vinculante dos precedente judiciais das Cortes, vide o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, artigos 926 a 928), e os próprios mecanismos de justiça consensual penal. Em que pese tal intercâmbio, fruto da globalização em que vivemos, as diferenças entre o sistema romano-germânico e a *common law* permanecem bastantes sensíveis o *dogmatismo* do primeiro contrasta com o *pragmatismo* do segundo. Por essa razão, é inapropriado tentar trabalhar, por exemplo, com os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade da ação penal pública quando se estuda o ordenamento processual norte-americano. Nos Estados Unidos da América, jamais houve a preocupação, ou mesmo o interesse, de se teorizar o exercício do direito de ação. Todo ordenamento jurídico, como manifestação cultural que é, reflete a ideologia do país onde está inserto, e o utilitarismo ianque definitivamente não se afina com construções teóricas rebuscadas, sem reflexo prático imediato

Conforme suscitado acima, nos Estados Unidos da América, com seu pragmatismo, não se trabalha com princípios como o da obrigatoriedade, de modo que jamais houve preocupação com a obrigatoriedade do exercício da ação penal, não se exerce nenhum controle jurisdicional no tocante a isso, havendo excessiva discricionariedade.

Com efeito, Costa (2017, p. 50) destaca:

Estes institutos não somente destacam o diferente papel do Ministério Público na *common law* como também demonstram a valorização que o sistema confere à autonomia de vontade do indivíduo, a ponto, inclusive, de ser admitida a renúncia voluntária a garantias fundamentais previstas na *Bill of Rights*. De fato, o sistema de *common law* valoriza a liberdade individual, o que traz consequências na maneira como o sistema lida com o aspecto da voluntariedade do acusado diante de sua declaração de culpa e diante de acordos firmados com o Ministério Público

O que prevalece nos sistemas de *common law* é a total autonomia de vontade do indivíduo, em uma total liberdade negocial, que poderá, inclusive, renunciar garantias fundamentais em face da negociação consensual.

No campo negocial americano, destaca-se a *plea bargain*, instituto em que prevalece a confissão e as negociações entre acusação e acusado. Bittar (2011, p. 27) leciona:

As declarações negociadas podem ser explícitas ou implícitas. Na forma explícita ou formal (também conhecida como *explicit plea bargaining*) existe uma negociação entre as partes quanto aos fatos, qualificação e pena, para se chegar a um acordo. São conhecidas três modalidades: a *sentence bargaining*, a *charge bargaining* e uma forma *mista*. A primeira consiste num acordo em que, em troca da declaração da culpabilidade do acusado 'lhe é feita a promessa de aplicação de uma pena determinada ou determinável, dentro de variantes estabelecidas, ou de que fará o Ministério Público recomendações benevolentes (*recommendations*) ao juiz – as quais este não está obrigado a seguir – ou, de que não se oporá o órgão de acusação ao pedido de moderação de pena feita pela defesa'. No segundo tipo de transação, 'em troca da confissão de culpa do réu com relação a um ou mais crimes, o *prosecutor* se compromete a abandonar determinada ou determinadas importações que originalmente lhe foram feitas, ou acusa-lo de um delito menos grave que o realmente cometido'. Na forma mista, existe a aplicação de uma pena atenuada e diminuição de imputações em troca da confissão do acusado

Há um amplo campo negocial e uma vasta possibilidade de negociações. Na *sentence bargain*, as partes podem negociar, inclusive, quanto à quantidade da pena imposta antecipadamente, de modo que pode a acusação também não se opor ao pedido de moderação feito pela defesa. Neste caso, há uma negociação para se chegar a um acordo. Quanto à *charge bargain*, a acusação pode abrir mão de parte da imputação feita ao acusado, ou imputá-lo um crime menos grave. Por fim, na forma mista, há uma atenuação da pena e uma diminuição das imputações, que se dará quando o acusado confessar.

Quanto à *plea bargain*, Costa (2017, p. 49) destaca:

Após a aprovação da acusação pelo *Grand Jury*, acontece uma audiência prévia cujo objetivo é questionar o imputado acerca de sua culpa (*plea of guilty or non guilty*). Se ocorre a confissão, o processo encerra-se com a condenação automática do acusado, que renuncia ao devido processo legal e ao julgamento pelo jurí popular. A confissão, por outro lado, pode estar acompanhada da *plea bargain*, ou seja, do acordo entre imputado e acusação, com finalidade de abreviar o processo e, em última análise, reduzir a sanção penal que lhe seria imposta

O *Grand Jury* americano realiza o juízo de admissibilidade da acusação, a partir das provas apresentadas pela acusação. O acusado que simplesmente confessar a prática do delito a ele imputado fará jus somente a uma pena atenuada. No entanto, esta confissão poderá vir acompanhada de uma

negociação com o acusador, na qual os benefícios poderão ser maiores, dependendo de qual das partes tem maior capacidade de negociação, que é a chamada de *plea bargain*.

Nestes termos, existem diferenças, conforme Gomes (2015, s.p.): “não cabe confundir, de outra parte, a *plea bargaining* com a *plea guilty*, que é a conformidade simples do acusado com a pena solicitada pelo acusador, porém sem *bargain* (sem negociação, sem transação)”. Conforme citado acima, a confissão do acusado poderá ou não vir acompanhada do acordo entre ambas as partes.

Santos (2017, p. 37) elucida as alternativas que tem o réu no modelo norte-americano:

O réu possui, em geral, três alternativas: declarar-se expressamente culpado – *plea of guilty* –, afirmar que não contesta a acusação, sem, no entanto, assumir a culpa – *plea of nolo contendere* –, ou declarar-se inocente – *plea of not guilty*. No silêncio do acusado, há de se entender que ele se declarou inocente – *Rule 11 (a) (4)*. A declaração de culpa – *plea of guilty* – implica a condenação criminal, com todos os gravames daí decorrentes, inclusive título executivo judicial à disposição da vítima. Entre as opções da acusação ou de sanção apresentadas pela promotoria, o acusado escolhe a resposta penal que lhe parece mais branda. Em suma: o réu prefere declarar-se culpado, obtendo, por conta disso, reprimenda mais leve, a enfrentar um julgamento e assumir o risco de ser apenado com mais rigor, em caso de condenação. De qualquer forma, a *plea of guilty* dá azo a uma sentença penal condenatória, perpassando, inclusive, pela imposição de sanções privativas de liberdade

A maioria dos acusados não resiste à acusação, declarando-se culpados para poderem escolher a sanção penal que lhe parece mais favorável – sempre com assistência de defensor. Quando o acusado apenas decidir não contestar a acusação – *plea of nolo contendere* – sua condenação não resultará em um título executivo judicial em favor da vítima, pois ele não assumiu sua culpa. No entanto, haverá em seu desfavor uma sentença penal condenatória com todas suas consequências, inclusive, podendo haver a imposição de uma pena privativa de liberdade. Esta é a principal diferença entre confessar e não se defender. O acusado, confessando e não querendo se defender, abre espaço para a negociação, barganha.

Gomes (2015 s.p.) alude sobre os benefícios da justiça penal negocial do modelo americano:

As vantagens deste sistema, dentre outras, são: a) permite um pronto julgamento da maioria dos assuntos penais (hoje cerca de 97% dos processos são resolvidos dessa maneira, segundo informação do Juiz Federal norte americano Jeremy D. Fogel, da Califórnia); b) evita os efeitos negativos que a 'demora' do processo provoca, sobretudo para o imputado preso; c) facilita uma pronta 'reabilitação' do infrator; d) com menos recursos humanos e materiais – economia – são julgados mais casos – eficiência – etc

A demora no julgamento de ilícitos, por si só, deve ser considerada como uma injustiça. Deste modo, um julgamento mais rápido, com uma resolução mais rápida, demonstra a eficiência do Estado para com a sociedade, que merece uma resposta rápida, assim como para o criminoso. A eficiência da justiça penal negociada se mostra quando, segundo o autor (2015, s.p.), 97% dos casos são resolvidos desta maneira. Isto se deve ao fato de que em todo e qualquer tipo de delito pode haver a negociação penal, não somente nos pequenos.

Tal instituto não está isento de críticas, sendo severamente criticado pela doutrina, a saber:

Dentre as desvantagens são citadas: o menosprezo pelos princípios da inocência, da verdade real, do contraditório etc., a sua injustiça porque há, com frequência, flagrante “desigualdade” entre os negociadores, a falta de publicidade, sua pressão e coação psicológicas, sua manipulação política etc. Essas críticas resultam em grande parte invalidadas quando o “acordo” emana efetivamente da livre manifestação da vontade do implicado, sempre assistido, ademais, por profissional técnico (GOMES, 2015, s.p.). Ainda, a possibilidade de responder por um crime mais grave pode fazer com que o réu se sinta pressionado a aceitar o acordo mesmo sem ser culpado, existindo uma grande disparidade de forças entre as partes acordantes, chegando a ocorrer coerção, por parte da acusação, em determinados casos (MARQUES, 2016, s.p.)

Com efeito, as críticas recaem, principalmente, nas violações a princípios e na possível “pressão” exercida sobre o réu para aceitar o acordo, devido ao medo de posteriormente ser condenado a uma pena maior. Quanto a isto, Santos (2017, p. 36) explica que “a relativização das garantias constitucionais, notadamente a ampla defesa, tampouco tem sensibilizado a Suprema Corte, considerada a confiança quase absoluta no Estado e nas instituições [...]”. O autor tece ainda críticas em relação aos defensores, “[...] o pacto é, para certos defensores, a

alternativa mais fácil, porquanto oculta o despreparo técnico que, inevitavelmente, seria revelado, caso houvesse o embate processual”. (SANTOS, 2017, p. 35).

A *plea bargain*, então, é um modelo de justiça penal negocial, em que há uma negociação entre acusação e acusado, na qual este confessa a prática delitiva e isto lhe acarretará benesses legais, como uma pena mais favorável. Essa negociação está sujeita à discricionariedade da promotoria, sendo ela a única legitimada a iniciar as tratativas para o acordo.

No entanto, tem-se outras formas justiça negocial no âmbito norte-americano, a saber:

Há outra forma de benefício decorrente da colaboração do imputado que se assemelha a *plea bargain*. Trata-se da *bargaining for testimony*, em que há uma negociação entre acusação e acusado para fins de atenuação da pena e, muitas vezes, renúncia ao direito de contestar determinados capítulos da imputação (COSTA, 2017, p. 54)

O prêmio legal para este que colaborar com a justiça é dado por meio das chamadas *immunities*, que, segundo Costa (2017, p. 53), “nesses casos, o colaborador não é processado pelos fatos que forma objeto de seu testemunho. Funciona como uma verdadeira isenção do processo que ganha, inclusive, características de coisa julgada [...]”.

Por fim, quanto aos requisitos para a *plea bargain*, Santos (2017, p 40) alude:

Não há requisitos objetivos para a deflagração do *plea bargaining*, mesmo porque qualquer réu pode negociar com a promotoria a sua pena, pouco importante seus antecedentes ou o teor da imputação delituosa que lhe é dirigida. Em verdade, o *plea bargaining* é visto como um procedimento negocial entabulado entre a acusação e a defesa, resultando num acordo quanto à pena a ser imposta ao acusado. Trata-se de um verdadeiro pacto, regido pelos princípios contratuais

Diferentemente do sistema brasileiro, no qual, em termos de barganha, tem-se institutos despenalizadores trazidos no âmbito da Lei nº 9.099/95, podendo apenas serem aplicado no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo, como a composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo. Quanto ao sistema norte-americano, não há a análise de requisitos objetivos quanto ao crime cometido, antecedentes do réu, podendo qualquer um negociar sua pena.

A colaboração premiada se insere dentro do contexto de Justiça Penal negocial, pois há, de fato, uma negociação. No entanto, ela se difere dos institutos acima citados ao passo que eles são institutos despenalizadores, sendo que a colaboração premiada contém um viés punitivo, isto é, a sua intenção é responsabilizar o maior número de pessoas com base nas informações trazidas pelo colaborador. Inclusive, o próprio colaborador é responsabilizado, com menor intensidade do que os outros delatados em sua grande maioria.

A voluntariedade se insere como um dos principais requisitos para a *plea bargain*. Com efeito, Santos (2017, p. 40-43):

A suprema corte norte-americana interpreta tal requisito de forma restritiva. A declaração de culpa ou *nolo contendere* apenas será inválida se a aquiescência do acusado tiver sido obtida, pela promotoria, de maneira física ou emocionalmente coercitiva – violência ou ameaça – ou de má fé, mediante a veiculação de promessas juridicamente inatendíveis. [...] a jurisprudência dos Tribunais, inclusive a Suprema Corte, tolera que a declaração de culpa ou de *nolo contendere* seja obtida mediante coerção psicológica da acusação sobre o réu, desde que pautada em bases legais

A voluntariedade, por parte do réu, perfaz-se por condição para a validade da negociação referente à *plea bargain*. Deste modo, Costa (2017, p. 60): “em se tratando de confissão e da *plea bargain*, a voluntariedade é um aspecto essencial e levado em consideração pelo tribunal, como critério de legitimidade da renúncia do *privilege against self incrimination*”.

Desta forma, como veremos na colaboração premiada no Brasil, o instituto da *plea bargain* também privilegia a voluntariedade do réu, se valendo como uma verdadeira condição de validade, se tratando de aspecto essencial.

4 COLABORAÇÃO PROCESSUAL

A colaboração premiada é uma das espécies do gênero colaboração processual, que está dentro de um modelo de justiça premial, abarcando outros institutos, como a delação premiada, a confissão e o chamamento ao corrêu.

De acordo com Costa (2017, p. 82): “no âmbito da justiça colaborativa, inserem-se as diversas formas de colaboração processual, gênero que abarca tanto a delação premiada como a colaboração premiada”.

Quanto à sua origem histórica, Lima (2018, p. 705-706) aduz:

Sua origem histórica não é tão recente assim, já sendo encontrada, por exemplo, no sistema anglo-saxão, do qual advém a própria expressão *crown witness*, ou testemunha da coroa. Foi amplamente utilizada nos Estados Unidos (*plea bargain*) durante o período que marcou o acirramento do combate ao crime organizado, e adotada com grande êxito na Itália (*patteggiamento*) em prol do dismantelamento da máfia – basta lembrar as declarações prestadas por *Tommaso Buscetta* ao Promotor italiano *Giovanni Falcone* –, que golpearam duramente o crime organizado na península itálica.

É no direito norte-americano que a utilização da colaboração premiada sofre forte incremento, sobretudo na campanha contra a máfia. Por meio de uma transação de natureza penal, firmada por Procuradores Federais e alguns suspeitos, era prometida a estes a impunidade desde que confessassem sua participação e prestassem informações que fossem suficientes para atingir toda a organização e seus membros

Segundo o autor, a origem de colaboração processual não é recente. Ela já poderia ser encontrada no sistema anglo-saxão, sistema aquele que deu origem à expressão “testemunha da coroa”. Foi utilizada nos Estados Unidos, chamado de *plea bargain*, no período de combate ao crime organizado, onde sofreu forte incremento e foi aprimorada, possibilitando uma transação penal, negociada entre Procuradores Federais e alguns suspeitos, em que estes confessavam sua participação e prestavam informações. Desde que estas fossem suficientes, aqueles seriam beneficiados, inclusive até com a impunidade. Na Itália, esse sistema teve êxito, sendo utilizado com intensidade em prol do dismantelamento da máfia, como na operação Mãos Limpas.

Gomes (2015, s.p.), por sua vez, alude quanto à origem do instituto da delação:

Quando consideramos exclusivamente o instituto da delação premiada, sabe-se que ela já estava prevista nas Ordenações Filipinas, que começou a vigorar em 1603 (por ato de Felipe II da Espanha, Felipe I de Portugal) e

que foi a base do direito português (e brasileiro) até à promulgação das sucessivas Constituições e Códigos, que foram acontecendo até o século XX (Constituição de 1824, Código Penal de 1830, Código de Processo Penal de 1832, Código Civil de 1916 etc.). As citadas Ordenações previam, no crime de lesa majestade, ou seja, traição contra o rei ou contra o Estado real, a possibilidade de perdão para o traidor, desde que não fosse o líder do grupo e delatasse (dedurasse) todos os participantes do delito

A colaboração não é algo novo. Hoje, está estampada nas grandes mídias e jornais, fomentando a sua discussão por efeito da operação Lava Jato, que se utilizou amplamente do instituto, o que a possibilitou ser a maior operação do país contra a criminalidade organizada política-empresarial.

Primeiramente, quanto à colaboração processual no Direito Brasileiro, precisa-se demonstrar a diferença dos institutos da colaboração premiada e da delação premiada. Isso porque é bastante comum a utilização do termo “delação premiada” para se referir ao que na verdade é colaboração premiada, principalmente na mídia. Há quem as utilize como expressões sinônimas, no entanto, trata-se de institutos que têm suas diferenças.

A delação premiada é um instituto de iniciativa exclusiva do Juiz, que, verificando o preenchimento dos requisitos, concede ao acusado um benefício. Ela não tem a participação do Ministério Público, tendo em vista que não se trata de um acordo entre as partes. Assim, segundo Silva (2015, p. 53-54): “[...] se restringe a um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos penais (diminuição da pena ou concessão de perdão judicial)”.

Desta forma, a delação perfaz-se como um instituto de direito material, que consiste na concessão de um benefício diretamente pela autoridade judicial, desde que preenchido os requisitos para tanto. Este é o modelo adotado originalmente na Itália, grande influenciador no direito premial nacional.

Já a colaboração premiada é um instituto referente a um acordo realizado diretamente entre a acusação e o acusado, que não tem a participação do Juiz, que somente o homologará posteriormente se cumpridos os requisitos, em que as informações prestadas pelo então colaborador são trocadas em benefícios de ordem material ou processual. Este é o modelo adotado pela Lei nº 12.850/13, na qual o Ministério Público (ou autoridade policial, para os que entendem legitimada) possui certa liberdade negocial para definir o tipo de benefício que será dado ao acusado, em que, para tanto, serão levadas em conta as informações por ele prestadas.

Costa (2017, p. 83) a conceitua:

A colaboração premiada (colaboração processual *strictu sensu*), por sua vez, é o acordo realizado diretamente entre a acusação e o acusado, sem a participação do juiz, no qual as informações prestadas às autoridades são trocadas por benefícios de ordem processual ou material

No entanto, mesmo se tratando de instituto diferentes, há ainda vários autores que tratam de ambos – delação premiada e colaboração premiada – como se fossem sinônimos.

Neste sentido, para Santos (2017, p. 29): “o que ocorre é uma verdadeira delação: um dos acusados, em troca de favores penais veiculados pelo Estado, acaba denunciando os demais que a ele se aliaram para a prática delitiva”.

Na visão do autor (2017, p. 29), mesmo que a Lei 12.850/13 tenha optado por dizer “colaboração”, o que ocorreria, na verdade, seria mesmo uma delação, na grande maioria dos casos.

Lima (2018, p. 706) conceitua o instituto da colaboração premiada como:

[...] uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou participe da infração penal, além de confessar o seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal

A partir deste conceito, vê-se que, ao mesmo tempo, o acusado (ou investigado), ao confessar a prática delituosa, assume o compromisso de fornecer informações que sejam relevantes e eficazes para a produção dos objetivos previstos em lei. Deve-se notar que somente a confissão não pode ser confundida com colaboração premiada, pois o agente, além de confessar, deverá trazer informações que sejam eficazes para a descoberta de fatos que os órgãos responsáveis pela persecução penal não tinham conhecimento. Somente assim fará jus aos prêmios previstos em lei.

Dessa forma, um outro conceito de colaboração premiada:

A colaboração premiada consiste no *meio especial de obtenção de prova – técnica especial de investigação* – por meio do qual o coautor ou partícipe, visando alcançar algum prêmio legal (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os órgãos de persecução penal confessando seus atos e fornecendo informações

objetivamente eficazes quanto à identidade dos demais sujeitos do crime, à materialidade das infrações penais por eles cometidas, a estrutura da organização criminosa, a recuperação de ativos, a prevenção de delitos ou a localização de pessoas (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 175)

Deve-se ressaltar que, até a entrada em vigor da Lei 12.850/13, não havia a disciplina, no ordenamento brasileiro, de regras claras de colaboração premiada. O diploma legal citado trouxe direitos ao colaborador, o procedimento a ser adotado para celebração do acordo, necessidade de homologação judicial, sendo o magistrado afastado da negociação. No entanto, quanto à delação premiada, esta sim estava positivada amplamente no ordenamento brasileiro, sendo o marco inaugural da colaboração processual a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90).

Para o Ministro Ricardo Lewandowski (Supremo Tribunal Federal, Pet. 7.265, 14 nov. 2017, p. 18), “a colaboração premiada constitui um meio de obtenção de prova introduzido na legislação brasileira por inspiração do sistema anglo-saxão de justiça negociada”.

Nucci (2018, p. 577) conceitua a delação:

Delatar significa acusar, denunciar ou revelar. Na ótica processual, somente tem sentido falar em *delação* quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado pelo indicado ou acusado. Tem valor probatório, especialmente porque houve admissão de culpa pelo delator

Para o autor, é pressuposto da delação que o acusado (ou investigado) assuma a prática delituosa e revele outra pessoa que também tenha participado.

Silva (2015, p. 53-54), por sua vez, conceitua a colaboração premiada como:

A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo), ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumir (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva). Incide, portanto, sobre o desenvolvimento das investigações e o resultado do processo

Para o autor ora citado, a colaboração premiada poderá ser ainda preventiva, quando tiver como objetivo evitar que outros delitos aconteçam. Por

outro lado, poderá ser repressiva, quando seu objeto for o auxílio prestado pelo colaborador aos órgãos responsáveis pela persecução penal em recolher provas e informações dos coautores e partícipes e possibilitar suas prisões. Em outras palavras, será repressiva quando incidir em informações que auxiliará os órgãos de persecução penal a obter prova contra outros criminosos.

A colaboração premiada, no Direito Brasileiro, foi inspirada na legislação Italiana e no *plea bargaining* norte-americano, que trazem características semelhantes às adotadas pelo ordenamento brasileiro. Ela é uma das ferramentas do *plea bargaining*, que é um sistema inteiramente pautado na barganha, na negociação, entre o Estado e o criminoso.

4.1 Ética na Colaboração Processual

A colaboração premiada é vista com certo preconceito por parte da doutrina, chegando até a denominá-la de extorsão premiada. Partindo desta premissa, Carvalho (2009, p. 101) alude que, ao preconizar a tomada de uma postura infame, que seria a traição, embora seja vantajosa para quem o faz, o Estado estaria premiando a falta de caráter do codelinquente, e com isso, convertendo-se em autêntico incentivador de antivalores.

Com este posicionamento, Santos (2017, p. 72):

[...] afinal é o Estado valendo-se de um ardil para demonstrar o acerto de sua pretensão condenatória. Sequer poderia adjetivar este subterfúgio de aético. Seria antiético mesmo. Algo do gênero: *delate seus comparsas que será recompensado*, valorizando a máxima segunda a qual os *fins justificam os meios*. Aliás, o atuar do delator revela-se o mais repugnante de todos, pois, além de ter atentado contra a ordem jurídica e, por conseguinte, contra a sociedade, considerando o crime perpetrado, volta-se contra os próprios comparsas, protagonizando dupla traição: primeiramente, trai o pacto social que, enquanto cidadão, também assinou; em seguida, trai os corréus, violando o pacto criminoso que firmara. E é justamente este o 'premiado' com a menor punição! (grifo do autor)

Apesar deste entendimento, Lima (2018, p. 708) diz que não parece haver qualquer violação à ética e nem à moral. Mesmo se tratando de uma modalidade de traição institucionalizada, a colaboração premiada é um instituto de suma importância no combate à criminalidade. Além disso, ela beneficia o colaborador. Nestes termos, Lima (2018, p. 708): “de mais a mais, falar-se em *ética de criminosos* é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que

tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis”.

Com esse entendimento, Mendroni (2016, p. 150):

É, sem dúvida, uma forma de ‘barganha’ que realiza a justiça com o suspeito ou acusado da prática de um crime, ou seja, agentes públicos ficam, por lei autorizados a realizar “acordos” com os criminosos. Alguns sustentam, por isso mesmo, que se reveste de prática antiética. Não concordamos com esse raciocínio, porque se busca exatamente a aplicação de um instrumento previsto em lei – trazido, portanto, ao mundo jurídico, que tem a finalidade de tornar mais eficiente a aplicação da justiça, exatamente nos casos considerados mais graves, que abalam de forma mais agressiva a ordem pública. A ordem pública, não podemos esquecer, é de interesse público – o interesse maior do Direito. Se é ‘traição’, imoralidade e não se coaduna nas relações jurídicas, especialmente do Estado em relação aos investigados, como alguns alegam, é, em última análise, a ‘traição’ de traidor contra seus comparsas, todos traidores do Estado

Para o autor (2016, p. 150), a colaboração premiada não se reveste de prática antiética, pois, além de ser um instrumento previsto em lei, ela tem a finalidade de tornar mais eficiente a aplicação da justiça, nos casos mais graves e de difícil investigação. De mais a mais, deve-se pensar na ordem pública, que é o interesse maior do Direito. Então, nas palavras do autor (2016, p. 150), se for considerada traição, seria a traição de um traidor contra seus comparsas, que são todos traidores do Estado.

De acordo com Moro (2016, p. 879):

Sobre a delação premiada, não se está traíndo a pátria ou alguma espécie de ‘resistência francesa’. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenável nesse caso o silêncio

Deve-se concordar com o autor (2016, p. 879), em ser condenável o silêncio ao invés de condenar a colaboração. Aludir que se trata de prática antiética é um tanto quanto controverso, pois os delinquentes não têm ética nenhuma para com a sociedade.

A doutrina ainda aponta que a existência da colaboração premiada representa, sob certo aspecto, o reconhecimento, por parte do Estado, da sua incapacidade de solucionar, por conta própria, todos os crimes que são praticados. Nestes termos, segundo Lima (2018, p. 708-709):

Apesar de, sob certo aspecto, a existência da colaboração premiada representar o reconhecimento por parte do Estado, de sua incapacidade de solucionar *sponte própria* todos os delitos praticados, a doutrina aponta razões de ordem prática que justificam a adoção de tais mecanismos, a saber: a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da 'lei do silêncio' que vige no seio das organizações criminosas; b) a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando um desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada

Por sua vez, Pacelli (2017, p. 853) aduz:

A delação, a traição ou qualquer expressão que pretenda traduzir o ato de revelação da estrutura da organização criminosa, de seus autores e o modo de seu funcionamento, ou, ainda, as informações acerca da localização da vítima e do produto ou proveito de ações criminosas, nada disso vai de encontro a qualquer conceito de ética. A menos, é claro, que se passe à ideia de que a ética há de ser determinada pelo grau de lealdade entre partícipes de determinado empreendimento. Mas, aí, afastado de qualquer vinculação à moralidade, referido conceito não servirá para mais nada

Dessa forma, não há o que se falar em ética com criminosos. O ordenamento não deve olhar para a ética que um criminoso deveria ter para com o outro. O instituto da colaboração premiada é totalmente importante no combate às organizações criminosas, pois se tratam de crime de difícil investigação e obtenção de provas. Além disso, há um benefício para quem colabora, mesmo que tal instituto seja um reconhecimento Estatal de sua incapacidade para investigar e punir tais criminosos.

Nestes termos, foi feliz – em partes – o legislador na Lei nº 12.850/13, pois conferiu maior segurança jurídica ao colaborador com a necessidade da homologação judicial, garantindo o devido processo legal ao afastar o magistrado das negociações. Além disso, preconizou a análise da voluntariedade quando da homologação do acordo, a possibilidade de posterior retratação sem que as provas até então autoincriminatórias trazidas pelo colaborador possam ser utilizadas contra ele mesmo. Diz-se em partes, pois a Lei não está distante de polêmicas e divergências doutrinárias, como se verá a seguir.

5 ANÁLISE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS Nº 12.850/13

Apesar da colaboração premiada ter tido uma rápida vigência na antiga Lei de drogas, Lei 10.409/02, que introduziu o instituto da colaboração premiada no ordenamento Brasileiro, em que permitia uma negociação direta entre acusação e acusado, ela nada dispunha sobre a formalização do acordo de colaboração, isto é, não estabelecia qual deveria ser seu conteúdo, nem a previsão de necessidade de homologação do acordo judicialmente.

Quanto a isto, Silva (2015, p. 56) estabelece:

No direito brasileiro, a primeira tentativa de disciplina da colaboração processual na sua real dimensão – não meramente como um instituto de direito penal ensejador de perdão judicial ou de redução da pena como previsto no art. 13 da Lei nº 9.807/99 – ocorreu com a edição da Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que dispunha sobre a 'prevenção, o tratamento, a fiscalização o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substância ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências'. (grifo nosso)

A atual Lei de Drogas, 11.343/06, revogou a colaboração premiada estabelecida na antiga Lei 10.409/02 e introduziu uma forma de delação premiada nos mesmos moldes que já eram existentes no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo uma participação direta e exclusiva do juiz.

Feitas essas considerações, somente com a entrada em vigor da nova Lei de Organizações Criminosas é que se estabeleceu um procedimento próprio e detalhado para o acordo de colaboração premiada firmado entre acusação e acusado (ou investigado).

A nova lei está (ressalvadas as devidas alegações de inconstitucionalidade de alguns dispositivos) em consonância com o ordenamento pátrio que estabelece a proteção dos direitos e garantias fundamentais, demandando a presença do defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução do acordo, além de trazer inúmeros direitos do colaborador, passando a conferir uma maior eficácia na proteção dos direitos do colaborador com a justiça.

Neste sentido, Delmanto, Delmanto Junior, Almeida Delmanto (2014, p. 1031):

[...] a lei nº 12.850/13 traz aspectos positivos ao garantir ao delatado maior possibilidade de questionar o depoimento do delator, ao buscar diminuir a possibilidade de erro judiciário vedando-se condenação com fundamento exclusivo em delação, ao procurar garantir a integridade física do colaborador e ao regulamentar o acordo de colaboração, o que antes inexistia

Ela regulou expressamente o acordo, sua celebração, legitimidade para propor, o conteúdo do acordo, benefícios legais, previu a necessidade da homologação judicial, a necessidade da presença do defensor em todos os atos de negociação, celebração e execução do acordo e, ainda, previu que nenhuma sentença condenatória poderá ser proferida se baseando somente nas declarações de um colaborador.

Com efeito, Lima (2018, p. 715) estabelece:

Apesar de a colaboração premiada estar prevista no ordenamento pátrio desde a década de 90, quando entrou em vigor a Lei nº 8.072/90, não havia, até bem pouco tempo, um regramento específico e um roteiro mais detalhado que proporcionasse a eficácia dessa importante técnica especial de investigação.

[...] a Lei nº 12.850/13 passa a conferir mais eficácia à medida sob comento, seja por regulamentar expressamente a celebração do acordo de colaboração premiada, dispondo sobre a legitimidade para a proposta, conteúdo do acordo e necessária homologação judicial, seja por prever expressamente que nenhuma sentença condenatória poderá ser proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador

O art. 4º da Lei dispõe sobre o procedimento para a formulação do acordo e também menciona que o juiz poderá, a requerimento das partes, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade, ou substituí-la por restritiva de direitos, e até mesmo conceder o perdão judicial daquele que tenha colaborado com a justiça, desde que da colaboração tenha resultado um ou mais dos objetivos que estão listados no artigo. No art. 5º são estabelecidos os inúmeros direitos do colaborador. O art. 6º prevê as formalidades que devem ser seguidas para formulação do acordo. O art. 7º prevê a necessária homologação judicial e sobre o pedido que vai ser apreciado pelo juiz.

A doutrina elogia a preocupação que a lei teve em estabelecer uma regulamentação detalhada do instituto, pois ela se ajusta ao padrão de conformidade

que é reconhecido pela Associação Internacional de Direito Penal, pois resguarda não somente a legalidade do ato, mas a sua legitimidade e efetiva utilidade.

Porém, com a Lei 12.850/13, não se pode dizer que a colaboração somente consiste na “entrega” de outros comparsas, cita-se:

A partir da Lei do Crime Organizado, portanto, é improcedente a conceituação do instituto com base, exclusivamente, na delação dos comparsas formulada pelo colaborador, haja vista que a benesse legal pode ser conquistada também quando forem atingidos outros objetivos, tais como: (a) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, (b) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e (c) a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada (MASSON; MARÇAL, 2018 p. 176)

O instituto da colaboração premiada não serve diretamente e somente para a delação de outros comparsas, pois a Lei 12.850/13, em seu art. 4º, I a V, traz outros objetivos que, se alcançados, também importarão em concessão dos prêmios legais ao colaborador.

5.1 Direito ao Silêncio

Analisa-se se o instituto da colaboração premiada seria compatível com o direito ao silêncio, preceito constitucional disciplinado no ordenamento pátrio no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, que guarda relação com diversos outros institutos, como a não produção de provas contra si mesmo.

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

A doutrina aponta um equívoco do legislador ao dispor sobre a renúncia do direito ao silêncio, pois este é considerado irrenunciável, em se tratando de um direito fundamental indisponível, consagrado na Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIII.

Cabe ressaltar, já de imediato, que o instituto é perfeitamente compatível com o direito de não produzir prova contra si mesmo. Desde que não haja nenhuma espécie de coação para o acusado (ou investigado) cooperar, não há o que se dizer em violação a tal princípio. Não há um dever ao silêncio, dessa forma todo e qualquer agente pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são

imputados, cabendo ao próprio indivíduo, assistido de seu defensor, decidir quanto a colaborar ou não com os órgãos responsáveis pela persecução penal.

A doutrina aponta que, mesmo decidindo colaborar, não há uma renúncia do direito ao silêncio, sendo este, por sua natureza, indisponível. O que ocorre no acordo é uma opção, por parte do colaborador, em seu não exercício, opção esta que será exercida voluntariamente pelo agente colaborador que, para tanto, deverá contar com a assistência do seu defensor, nos termos do art. 4º, § 15, da Lei nº 12.850/13.

Nestes termos, Lima (2018, p. 709) aduz:

Parece ter havido um equívoco por parte do legislador ao fazer uso do verbo *renunciar*. Afinal, se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, 'g'), é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis). Por consequência, o caráter indisponível do direito ao silêncio conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, do acordo de colaboração premiada em que fosse pactuada a renúncia a esse direito. Na verdade, não há falar em *renúncia* ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício, opção está exercida voluntariamente pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá conta com a assistência técnica de seu defensor e ser previamente informado que não é obrigado a 'colaborador para a sua própria destruição' (*nemo tenetur se detegere*)

Masson e Marçal (2018, p. 277) andam na mesma direção:

Em nosso entender, o legislador não se valeu da melhor técnica legislativa ao redigir o texto desse dispositivo. Ao se referir de forma imperativa à *renúncia* ao direito fundamental (Constituição da República, art. 5º, LXIII, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, § 2.º, 'g') ao silêncio, o legislador parece ter ferido justamente uma das características marcantes dos direitos fundamentais, qual seja: a irrenunciabilidade

Dessa forma, não se pode haver uma renúncia expressa do direito ao silêncio, mas sim somente uma opção pelo seu não exercício, pois se trata de direito fundamental, previsto na Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de forma que é irrenunciável.

O não exercício do direito ao silêncio é totalmente necessário para o acordo de colaboração premiada, de toda sorte que seria impossível o indivíduo resolver colaborar e permanecer calado.

Quanto a isto, Silva (2015, p. 69) aduz:

A exigência de renúncia ao direito ao silêncio, de forma expressa – o que seria até dispensável, pois se ele resolveu colaborador, não permanecerá calado –, tem a finalidade de afastar qualquer dúvida quanto à espontaneidade da colaboração. Não se trata, pois, de violação ao direito ao silêncio, assegurado no inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República

Em que pese o art. 4º, §14, da Lei 12.850/13 dispor que nos depoimentos que prestar o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, parece ter havido um equívoco do legislador, por ter o direito ao silêncio caráter indisponível. Por isso, não há o que se falar em renúncia do direito ao silêncio, mas tão somente do seu não exercício.

Tanto é que, caso o colaborador se retrate de seu depoimento, havendo retratação da proposta de colaboração, o art. 4º, §10º, da referida lei, dispõe que as provas autoincriminatórias que foram produzidas até então pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, ficando evidente que não houve renúncia do direito ao silêncio e sim o seu não exercício. Conforme Silva (2015, p. 68): “pretendeu o legislador, ao que parece, impedir que o colaborador, após renunciar ao acordo, seja condenado com base tão somente em suas declarações [...]”.

Dessa forma, para Lima (2018, p. 709): “[...] ante a possibilidade de ser beneficiado por um dos prêmios legais previstos na nova Lei de Organizações Criminosas, o colaborador opta pelo não exercício do direito ao silêncio [...]”

Com efeito, Masson e Marçal (2018, p. 278-279) estabelecem:

Nesse contexto, o colaborador voluntariamente *opta* por não exercer o direito ao silêncio comprometendo-se em dizer a verdade com o intuito de atingir ao menos um dos resultados vertidos no *caput* do art. 4.º da LCO. Ou seja, espontaneamente, e sob a orientação de seu defensor, o sujeito compromete-se com a eficácia da colaboração em troca de obtenção de um prêmio. Por outro lado, se quiser manter hígido o seu direito constitucional ao silêncio, basta não celebrar o acordo de colaboração premiada ou, uma vez entabulado, exercer o seu poder de retratação.

Se, ainda, a obtenção de qualquer prêmio legal carece da eficácia das declarações por ele prestadas (art. 4.º, *caput*, e § 1.º), não há de se cogitar em ‘renúncia’ do direito ao silêncio. Tem-se, isso sim, mera *opção* pelo seu não exercício. O réu/investigado, assistido por seu defensor *escolhe* falar em troca de um benefício. Apenas isso. Aliás, ao homologar a colaboração premiada avençada entre o MPF e o senador Delcídio do Amaral, o Min.

Zavascki (Pet. 5.952/STF) confirmou que a dita 'renúncia' deve ser interpretada 'com a adição restritiva 'ao exercício''

Deste modo, não há que se falar em renúncia ao direito ao silêncio, mas somente em uma opção por parte do colaborador em seu não exercício, opção esta que ficará clara a partir do momento em que decidir colaborar em troca de prêmios legais.

Quanto ao compromisso legal de dizer a verdade, o colaborador o assume, tendo que ser verdadeiro em toda a sua colaboração, constituindo uma das obrigações assumidas no acordo de colaboração premiada.

Desse modo, Masson e Marçal (2018, p. 279) explicam:

Para nós, esse *compromisso* decorre da própria celebração do acordo de colaboração premiada. Se o colaborador quer o prêmio pelas informações prestadas, deve dizer a verdade até para garantir a eficácia da colaboração. Com *mentira* não se pode cogitar de colaboração eficaz

O colaborador que mentir não poderá responder pelo art. 342 do Código Penal, pois este tipifica o crime de falso testemunho e, nesta hipótese, o colaborador não adere à situação de testemunha.

Com esse entendimento, Lima (2018, p. 710):

Apesar de o art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850/13, fazer remissão ao *compromisso legal de dizer a verdade* a que o agente estaria sujeito, daí não se pode concluir que o colaborador possa responder pelo crime de falso testemunho. Como o art. 342 do CP refere-se exclusivamente a *testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete*, revela-se inadmissível a inclusão do corréu como sujeito ativo deste delito, sob pena de evidente violação do princípio da legalidade

O colaborador será ouvido como testemunha somente "se for feito o acordo de não denunciar ou acordo de imunidade (art. 4.º, § 4.º), o colaborador poderá ser arrolado na denúncia na qualidade de testemunha ou informante" (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 280).

É por isso que a colaboração falsa é tipificada no art. 19 da Lei 12.850/13, deixando claro que o colaborador não tem direito à mentira, sendo responsabilizado penalmente pelas mentiras e informações falsas que revelar no âmbito de sua colaboração, bem como imputar a prática de infração penal à pessoa

que sabe ser inocente ou revelar informações sobre a estrutura da organização criminosa que sabe serem inverídicas.

Nestes termos, Silva (2015, p. 69):

Para não deixar dúvida a respeito da natureza das palavras do colaborador, o § 14 do art. 4º da lei dispõe que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”, sob pena de praticar o crime de falsa colaboração (art. 19 da lei)

Corroborando com esta hipótese, Masson e Marçal (2018, p. 282):

O compromisso com a verdade previsto da Lei do Crime Organizado relaciona-se com a sua *opção* pelo não exercício do direito ao silêncio e com a eficácia da colaboração, sem a qual não haverá prêmio. A verdade é condição para que a colaboração seja premiada. Não querendo mais o benefício acordado com o Ministério Público, poderá a parte se retratar e guardar o silêncio que a Constituição da República lhe garante

Deste modo, o colaborador deverá ser verdadeiro com suas informações, pois a Lei 12.850/13 tipificou um crime de falsa colaboração, como forma de inibir as informações falsas prestadas e também por ser a verdade uma verdadeira condição para que o colaborador receba o prêmio legal acordado.

5.2 Obrigações do Colaborador Quanto ao Resultado da Colaboração

Dentre as obrigações assumidas pelo colaborador, está o compromisso legal de dizer a verdade. Pode-se dizer que esta inclui uma outra obrigação importante ao acordo, a de transparência e sinceridade por parte do colaborador com todos os seus depoimentos, com a intenção de garantir o requisito de efetividade da colaboração.

No entanto, para se entender a obrigação do colaborador quanto ao resultado de sua colaboração, precisa-se compreender o que se entende por efetividade.

Nas palavras de Mendroni (2016, p. 169):

[...] efetiva porque deve trazer pessoas e fatos novos que efetiva ou eficazmente auxiliem a persecução penal. O termo efetividade confunde-se aí, portanto com eficácia ou eficiência.
[...] efetivo provém da qualidade do que *tem efeito, real, verdadeiro, positivo, permanente*; ou eficiência: *virtude de produzir efeito, eficácia – que produz*

efeito, que dá bom resultado. Seria evidentemente repetitivo dizer voluntário e efetivo com o mesmo significado. A Lei não contém palavras inúteis e então o termo *efetividade* significa, em sua segunda acepção, *eficiência*, ou *ser eficaz*

A partir disto, consegue-se compreender que a efetividade da colaboração vai corresponder à sua eficácia, com a colaboração do acusado, trazendo novas informações que vão auxiliar na persecução penal, como fatos e autores que não eram até então conhecidos.

No entanto, alguns autores notam uma diferença entre eficácia e efetividade. Para Azevedo (2000) apud Costa (2017, p. 133):

David Teixeira de Azevedo, por sua vez, escrevendo sobre a delação premiada da Lei 9.807/1999, indica que há diferença entre efetividade e eficácia da colaboração. A primeira diz respeito a uma *participação ativa do colaborador*, demonstrando empenho e comprometimento com as investigações, por meio da revelação de todas as informações das quais tem conhecimento. Afirma o autor que a colaboração efetiva é aquela *permanente, estável, real e interessada*.

Já a eficácia da colaboração está relacionada ao atingimento de algum dos objetivos previstos em lei, elementos que devem ser trazidos pelo colaborador no âmbito de suas declarações

Por esse entendimento, segundo Costa (2017, p. 134), o colaborador estaria desincumbido do ônus investigativo do Estado, ou seja, desde que ele tivesse trazido as informações de maneira efetiva, o não atingimento dos objetivos previstos em lei por uma ineficiência dos órgãos responsáveis pela persecução penal não seria um motivo para não lhe conceder o prêmio legal, ainda que de maneira menor.

Neste sentido, Silva (2015, p. 59):

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

Posto isso, deve haver alguma relação entre a colaboração e o atingimento dos objetivos previstos. Não fosse assim, estar-se-ia premiando colaboradores que têm uma postura efetiva, mas que nada trazem, em que as informações trazidas em seus depoimentos não acarretam nada de novo para as investigações e para o atingimento de um dos resultados que foi objeto do acordo.

A solução para isso depende de novamente destrinchar alguns conceitos, sabendo a diferença entre eficiência, efetividade e eficácia. Institutos parecidos e que muitas vezes são confundidos na prática.

Segundo Fernandes (2008) apud Costa (2017, p. 134):

[...] a *eficiência* está ligada a aptidão do meio pelo qual se quer atingir certo resultado. Já a *eficácia* corresponde ao alcance deste resultado, ou seja, a produção do efeito desejado. Por fim, *efetividade* relaciona-se à concretização da finalidade que se quis a partir do efeito produzido, ou seja, é a repercussão social, econômica ou política do resultado atingido

Com essas definições, Costa (2017, p. 134) estabelece: “sustentamos que seja obrigação do colaborador realizar uma colaboração eficiente e eficaz, porém, não necessariamente efetiva”.

O colaborador, então, deve demonstrar interesse, revelando os fatos dos quais ele tenha ciência, apresentando fatos novos aos órgãos, não fazendo reservas mentais de fatos ilícitos dos quais tenha conhecimento, prestando seu depoimento de forma verídica, fazendo da sua cooperação um meio apto para atingir os objetivos previstos em lei.

Quanto à eficácia da colaboração, ela será aferida no alcance dos resultados que foram propostos pelas partes em comum acordo e também está inserida nas obrigações assumidas pelo colaborador.

A eficácia se mostra importante, pois o art. 4º, §11, da Lei 12.850/13, preconiza que o Juiz que for aplicar a sentença avalie a eficácia, analisando se os objetivos que foram propostos no acordo foram alcançados com a atividade do colaborador.

Costa (2017, p. 135) dispõe acerca de quais objetivos o juiz deverá analisar:

Ressalta-se que não são quaisquer objetivos que qualificam a colaboração como eficaz, mas apenas aqueles que foram expressamente dispostos no termo de colaboração. Assim, se o acerto feito entre Ministério Público e acusado foi pela revelação da estrutura hierárquica da organização criminosa (art. 4º, inc. II) e o colaborador apenas identificou os demais coautores (art. 4º, inc. I), esta será uma colaboração ineficaz, posto que não produziu os efeitos desejados pelas partes

Dessa forma, o juiz sentenciante analisará acerca dos objetivos que foram propostos no acordo e não fará uma análise geral de todos os requisitos

dispostos em lei, pois se o objetivo proposto no acordo não for atingido, a colaboração não será considerada eficaz. Porém, prevalece o entendimento de que desde que seja atingido um dos efeitos desejados e acordados, a concessão do prêmio legal pelo juiz é obrigatória.

Com efeito, Masson e Marçal (2018, p. 254) avaliam:

Não há de se exigir, pois, a presença concomitante dos resultados elencados nos incisos de I a V do art. 4.º. Para que o colaborador possa fazer jus a algum dos prêmios legais, basta o alcance de apenas um deles. Não sendo alcançado nenhum dos resultados esperados, o acordo de colaboração restará inadimplido e, por isso mesmo, não renderá azo à incidência do prêmio

Neste aspecto, o magistrado analisará, para concessão do benefício legal, se a colaboração foi eficiente e eficaz para o atingimento de um dos resultados objetivos, e não a presença concomitante de todos eles.

Neste contexto, Lima (2018, p. 718) nos explica:

Por força da colaboração, deve ter sido possível a obtenção de algum resultado prático positivo, resultado este que não teria sido alcançado sem as declarações do colaborador. Aferível em momento posterior ao da colaboração em si, está consequência concreta oriunda diretamente das informações prestadas pelo colaborador depende do preceito legal em que o instituto estiver inserido, podendo variar desde a identificação dos demais coautores e partícipes do fato delituoso e das infrações penais por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa, até a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada (grifo nosso)

Mas essa obrigação de resultado prático que é estabelecida não significa que o Ministério Público tenha sucesso nos processos que foram intentados contra os delatados.

Diante disto, parece que a colaboração ser efetiva não está como uma das obrigações do colaborador. Apesar do que a Lei 12.850/13 estabelece, esse requisito foge ao alcance do colaborador, pois a efetividade está ligada à utilidade que foi dada ao conteúdo das informações que por ele foram passadas, podendo ser um elemento norteador de novas investigações, ou que esclareça algumas informações que já haviam sido obtidas pelas autoridades, mas que se encontravam sem proveito diante do seu não esclarecimento.

Masson e Marçal (2018, p. 255) estabelecem:

Assim, o juiz deverá analisar se o colaborador efetivamente cumpriu o acordo de maneira a atingir um ou mais dos resultados grafados no *caput* do art. 4.º. cumprido totalmente o acordo realizado, competirá ao magistrado aplicar o benefício proposto ao colaborador, sendo sensível à avença entabulada entre as partes e homologada em juízo (grifo nosso)

Assim sendo, pode-se dizer que “quando a lei fala em efetividade da colaboração premiada, o que deve ser imputado ao colaborador como obrigação é a eficiência do meio e a eficácia dos resultados”. (COSTA, 2017, p. 136).

Deste modo, Lima (2018, p. 719) ainda estabelece:

[...] na hipótese de colaboração realizada na fase extrajudicial, ela deve ser mantida pelo colaborador em juízo. Se houver retratação, não é possível a concessão do prêmio legal, até mesmo porque o que poderá ser valorado pelo juiz é o interrogatório judicial e o chamamento dos demais acusados em juízo, em que há possibilidade de exercício do contraditório pelos delatados, e não aquele realizado em procedimento investigatório de natureza inquisitorial

Posto isso, quando realizada a colaboração pré-processual, esta deverá ser mantida pelo colaborador posteriormente em juízo, pois este é o momento no qual o magistrado valorará as informações que foram por ele trazidas.

Com prioridade, Lima (2018, p. 719):

Comprovada a eficácia objetiva das informações prestadas pelo agente, a aplicação do prêmio legal inerente à respectiva colaboração premiada é medida que se impõe.

[...] a discricionariedade que o magistrado possui diz respeito apenas à opção por um dos benefícios legais, a ser escolhido de acordo com o grau de participação do colaborador no crime, a gravidade do delito, a magnitude da lesão causada, a relevância das informações por ele prestadas e as consequências decorrentes do crime. Daí dispor o art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, que, para fins de concessão dos benefícios legais, deverá o juiz levar em consideração, em qualquer hipótese, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminosos e a eficácia da colaboração

Neste mesmo raciocínio, Masson e Marçal (2018, p. 256-257):

Dessa maneira, é correto dizer que o juiz que homologou o acordo fica de certa forma vinculado aos seus termos, devendo conferir ao colaborador o benefício ajustado quando a colaboração tiver sido efetiva. O cumprimento das obrigações assumidas pelo colaborador, dessa maneira, ‘impede que o Poder Judiciário recuse-lhe a concessão dos benefícios de ordem premial, sob pena de o Estado-Juiz incidir em comportamento desleal,

absolutamente inaceitável e de todo inadmissível'. Ou seja, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há de se reconhecer o 'direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premias estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial'

Quando comprovada a eficácia das informações, a concessão das benesses legais é medida imposta ao magistrado. Desta forma, “há, por assim dizer, uma vinculação judicial ao benefício acordado em caso de cumprimento integral da avença [...]” (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 255).

Havendo esta vinculação, o cumprimento integral do acordo impõe ao magistrado a concessão dos benefícios legais então dispostos no acordo, havendo uma segurança jurídica maior para o colaborador. De toda sorte, a concessão passará pelo crivo de alguns elementos, como o grau de participação, a gravidade do delito, personalidade do colaborador, circunstâncias e a repercussão social do fato criminoso.

5.3 Natureza Jurídica da Colaboração Premiada

O art. 3º da Lei 12.850/13 classifica a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova. No entanto, não se pode confundir a colaboração premiada com os prêmios que dela são decorrentes.

Segundo Lima (2017, p. 801), ela funciona como uma importante técnica de investigação e seria mesmo um meio de obtenção de prova, pois, por força dela, aquele que decidir colaborar irá prestar um auxílio aos órgãos oficiais de persecução penal, na obtenção de fontes materiais de prova. O autor (2017, p. 801) cita, como exemplo, um crime de lavagem de capitais, em que o acusado contribui para a localização dos bens e essas informações levam à apreensão de tal bem, de modo que a colaboração terá funcionado como um meio de obtenção de prova e a apreensão como meio de prova.

Ela estaria classificada como meio de obtenção de prova, pois seu conteúdo não iria servir propriamente para à formação da convicção do juízo, mas estaria à disposição da autoridade policial e do Ministério Público, para dar início a nova investigações ou instruir outras ações penais, servindo como um elemento de formação de convicção.

Apesar da lei expressamente dizer que é um meio de obtenção de prova, existe uma característica dela que não se vê na colaboração, que seria o fator surpresa que os meios de obtenção de prova têm.

Sendo meio de obtenção de prova, uma de suas características essenciais seria o fator surpresa e, por isso, não pode ser comunicada ao investigado ou seu defensor, citando, como exemplo, que não se imagina uma interceptação telefônica na qual se dá a prévia ciência ao acusado, em que certamente a chance de um resultado positivo seria consideravelmente reduzida.

Uma outra característica seria que o meio de obtenção de prova é baseado em um interesse essencial dos órgãos estatais, que é utilizado como uma de suas estratégias, na qual não há qualquer manifestação do acusado, diferentemente do que ocorre com a colaboração premiada, pois o acusado (ou investigado) tem total interesse nos prêmios legais.

A colaboração premiada não conta com nenhuma dessas características citadas, pois ela pressupõe uma comunicação prévia entre acusação e acusado, que irão estabelecer seu objeto, os direitos e obrigações que ambas as partes possuem.

O entendimento recente do Supremo Tribunal Federal atribui à natureza jurídica da colaboração premiada a de negócio jurídico processual. No entanto, não afasta a sua qualificação também como meio de obtenção de prova, mantendo a disposição expressamente feita na lei. Apenas acrescenta a ela a natureza de negócio jurídico e, quanto às declarações prestadas pelo colaborador, sua natureza jurídica seria a de meio de prova, que somente servirá ao convencimento do juiz se vierem corroboradas por outros meios idôneos de prova.

Segundo o Ministro Dias Toffoli (STF, Pleno, Habeas Corpus 127.483/PR, 27/08/2015, p. 12):

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal

Dessa forma, a natureza jurídica de acordo dada à colaboração premiada se qualifica ao se pesar que seu objeto é a cooperação entre acusação e acusado, na qual o acusado colabora para a investigação e para o processo, atividade genuinamente de natureza processual, muito embora ela gere efeitos de direito material (que seriam os prêmios legais), ela produz efeitos tanto na fase investigativa, quanto no próprio processo. Como efeitos processuais, citam-se a possibilidade de suspensão do prazo de oferecimento da denúncia por seis meses, a possibilidade de o Ministério Público não oferecer denúncia em face do primeiro colaborador que prestar efetiva colaboração e a própria confissão implícita, que será utilizada como elemento probatório ao longo do processo.

Quanto aos efeitos de direito material, estes seriam os prêmios legais que o colaborador irá receber, dependendo da relevância de suas informações e do cumprimento do acordo, tais como: a) diminuição de pena; b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; c) progressão de regimes; d) fixação do regime inicial aberto ou semi-aberto; e) perdão judicial; f) não oferecimento da denúncia.

Com esse entendimento, Costa (2017, p. 108) conclui:

De fato, a colaboração premiada caracteriza-se por um acordo de vontades entre sujeitos que atuam na persecução penal e voltado exclusivamente para a produção de efeitos no próprio ambiente processual, sejam estes efeitos materiais – concernentes à aplicação da pena criminal – ou efeitos processuais – relativos à cooperação do indivíduo na atividade probatória, sua renúncia do direito ao silêncio e confissão implícita

Os termos utilizados na própria Lei 12.850/13 ajuda a concluir que a sua natureza jurídica é mesmo de um negócio jurídico, já que o art. 4º, §6º, descreve “o juiz não participará das negociações”, citando o termo negociações. Também o art. 4º, §11, ao dizer que “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”. Por fim, o §15, do mesmo artigo, estabelece que “em todos os atos de negociação...” ou seja, pela própria linguagem utilizada na lei, consegue-se aprimorar a atribuição dada ao instituto de negócio jurídico processual.

Tratando-se de negócio jurídico processual, precisa-se realizar sua análise sob alguns planos sucessivos já consagrados pela doutrina, quais sejam: a) da existência; b) da validade; c) da eficácia.

Tratando-se primeiramente do plano da existência, Azevedo (2002) apud Min. Dias Toffoli (STF, Pleno, Habeas Corpus 127.483, PR, 27 ago. 2015, p. 16-17) estabelece que:

Elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que lhe dá existência no campo do direito. Classificam-se, conforme o tipo de abstração, em elementos gerais, isto é, próprios de todo e qualquer negócio jurídico; categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; e particulares, isto é, existentes, sem serem gerais ou categoriais, em determinado negócio. Os elementos gerais subdividem-se em intrínsecos (ou constitutivos), que são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, e extrínsecos, que são o agente, o lugar e o tempo do negócio. Os categoriais subdividem-se em inderrogáveis (ou essenciais) e derogáveis (ou naturais); os primeiros definem o tipo de negócio e os segundos apenas defluem de sua natureza, sem serem essenciais à sua estrutura [...]

Quanto à validade, ela é:

[...] a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas ('ser regular'). Validade, é, pois, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. 'Válido' é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas (AZEVEDO, 2002 apud Min. Dias Toffoli, Habeas Corpus 127.483, 2015, p. 17)

Por fim, cabe analisar sua eficácia, que, nas palavras do autor:

[...] o terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos (AZEVEDO, 2002, apud Min. Dias Toffoli, Habeas Corpus 127.483, 2015, p. 18)

Embora a posição ora citada trata de negócio jurídico privado, sua aplicação é inteiramente compatível com o negócio jurídico processual da colaboração premiada.

Para Masson e Marçal (2018, p. 184-185), a atribuição à natureza da colaboração premiada de negócio jurídico trouxe consequências:

Em consequência da adoção pelo Supremo Tribunal Federal do entendimento de que a colaboração premiada tem natureza jurídica de negócio jurídico processual por meio do qual almeja-se a obtenção de prova, três importantes conclusões foram assentadas pelo Pretório Excelso, a saber: (a) eventual coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador não pode impugnar o acordo de colaboração; (b) a personalidade do colaborador ou eventual descumprimento de anterior

acordo de colaboração não invalida o pacto atual, atinente a fato delitivo diverso, “embora, subjetivamente, não recomende o perdão judicial ante a magnitude da benesse”; e (c) o acordo de colaboração premiada pode dispor sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação

Com efeito, vale a transcrição de parte do informativo 796 do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus, 127.483/PR):

O Colegiado assentou que eventual coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador não poderia impugnar o acordo de colaboração. Afinal, se cuidaria de negócio jurídico processual personalíssimo. Ele não vincularia o delatado e não atingiria diretamente sua esfera jurídica. O acordo, por si só, não poderia atingir o delatado, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos que viessem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por eles indicadas ou apresentadas. Sublinhou, a respeito, que, nas demais legislações a tratar de colaboração premiada, o direito do imputado colaborador às sanções premiais independeria da existência de acordo judicialmente homologado. Nos termos da Lei 12.850/2013, após a homologação do acordo, os depoimentos do colaborador se sujeitariam ao regime jurídico instituído pela lei. Subsistiriam válidos os depoimentos anteriormente prestados pelo colaborador, que poderiam, oportunamente, ser confrontados e valorados pelas partes e pelo juízo. Outrossim, negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implicaria desproteção aos seus interesses. Sucede que nenhuma sentença condenatória poderia ser proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador. Ademais, sempre seria assegurado ao delatado o direito ao contraditório. Ele poderia, inclusive, inquirir o colaborador em interrogatório ou em audiência especificamente designada para esse fim. Além disso, o Tribunal reputou que a personalidade do colaborador ou eventual descumprimento de anterior acordo de colaboração não invalidariam o acordo atual. Primeiramente, seria natural que o colaborador, em apuração de organização criminosa, apresentasse, em tese, personalidade desajustada ao convívio social, voltada à prática de crimes graves. Assim, se a colaboração processual estivesse subordinada à personalidade do agente, o instituto teria poucos efeitos. Na verdade, a personalidade constituiria vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração, notadamente a escolha da sanção premial, bem assim o momento da aplicação dessa sanção, pelo juiz. Além disso, eventual ‘confiança’ do poder público no agente colaborador não seria elemento de validade do acordo. Esta não adviria da personalidade ou dos antecedentes da pessoa, mas da fidedignidade e utilidade das informações prestadas, o que seria aferido posteriormente. Assim, também seria irrelevante eventual descumprimento de acordo anterior pelo mesmo agente. Essa conduta não contaminaria a validade de acordos posteriores. O Plenário asseverou, ainda, que o acordo de colaboração poderia dispor sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Na espécie, ele cuidaria da liberação de imóveis do interesse do colaborador, supostamente produtos de crimes. Consignou que essas cláusulas não repercutiriam na esfera de interesses do paciente. Todavia, seria legítimo que o acordo dispusesse das medidas adequadas para que integrantes de organizações criminosas colaborassem para o desvendamento da estrutura organizacional. Como a colaboração exitosa teria o condão de afastar consequências penais da prática delituosa, também poderia mitigar efeitos de natureza extrapenal, a exemplo do confisco do produto do crime. A Corte registrou, ainda, que a sanção premial constituiria direito subjetivo do colaborador

Trata-se de importante informativo devido à sua incidência no âmbito da colaboração premiada. A corte compreendeu sobre a impossibilidade de impugnação do acordo pelos delatados, pois se trata de negócio jurídico personalíssimo e, assim o sendo, não vincularia o delatado e não atingiria diretamente a sua esfera jurídica. De fato, por si só, não poderia atingir o delatado, pois o que o atingiria seriam somente as imputações feitas nos depoimentos do colaborador. Com isso, o fato de negar ao delatado a impugnação, nos termos do informativo, não implica desproteção aos seus interesses, pois primeiramente nenhuma sentença poderá ser proferida somente com base nas declarações do colaborador (art. 4º, § 16, Lei nº 12.850/13). Além disso, a ele sempre será assegurado o direito ao contraditório, podendo inquirir o colaborador em interrogatório ou audiência. Além disso, o Tribunal entendeu que a personalidade do colaborador, ou eventual descumprimento anterior de outro acordo de colaboração, não invalidam o acordo atual, pois a personalidade, para o Supremo Tribunal Federal, deverá ser considerada somente no âmbito das benesses a serem formuladas no acordo. Foi entendido, ainda, que o acordo de colaboração premiada poderá dispor de efeitos extrapenais de natureza patrimonial, como liberação de um imóvel de interesse do colaborador, pois seria legítimo o acordo dispor de medidas adequadas para que os integrantes de uma organização criminosa colaborassem. Por fim, nos termos do informativo, “como a colaboração exitosa teria o condão de afastar consequências penais da prática delituosa, também poderia mitigar efeitos de natureza extrapenal”.

Passado o entendimento ocasionado pelo informativo 796 do Supremo Tribunal Federal, com relação à atribuição de negócio jurídico processual à colaboração premiada, consegue-se compreender, segundo Costa (2017, p. 111), que o plano da existência vai ser formado pelos elementos que vão compor o negócio jurídico e que são indispensáveis para que ele exista no campo do direito. Quanto à validade, ela é o próprio negócio jurídico, que está totalmente ligado à existência da declaração de vontade, sendo que os requisitos para a validade serão trazidos pelo ordenamento jurídico, servindo como cercas, pois fixarão os limites que deverão ser impostos às disposições negociais. A eficácia, por sua vez, é a capacidade de produção dos efeitos que são desejados pela realização do negócio jurídico.

Trazendo para o âmbito da colaboração premiada, pode-se dizer que, uma vez aceita por uma das partes a proposta que lhe é trazida pela outra, estaria formado o acordo, que, sendo formalizado por escrito, conforme estabelece o art. 6º da Lei 12.850/13, passaria a existir, de modo que estaria completado o plano da existência. Os elementos de existência do acordo de colaboração premiada estão dispostos no art. 6º da Lei 12.850/13, o qual, ao longo de seus cinco incisos, estabelece os critérios para que ele exista.

Quanto à sua validade, o acordo de colaboração premiada será válido desde que preenchidos alguns requisitos, tais como: a) a declaração de vontade do colaborador ser resultado de um processo volitivo, o qual deve ter plena consciência da realidade, sendo escolhido com liberdade e deliberado sem má-fé, devendo o seu objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Por fim, quanto à determinação de sua eficácia, sendo o acordo existente e plenamente válido, este somente será considerado eficaz quando for homologado judicialmente, seguindo o art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, momento que o juiz irá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo recusar a homologação do acordo que não atender os requisitos legais, ou podendo adequá-lo ao caso concreto (art. 4º, § 8º, da Lei 12.850/13).

Sendo o acordo de colaboração existente, válido e eficaz, somente serão atribuídos os prêmios legais que nele foram dispostos para o colaborador caso haja o seu efetivo cumprimento no âmbito das obrigações que nele foram assumidas, produzindo um ou mais dos resultados previstos na Lei.

5.4 Valor Probatório da Colaboração Premiada: a Regra da Corroboração

Uma colaboração premiada, sendo considerada isoladamente, em um momento de apuração da prática delituosa, não impede a instauração de um inquérito ou até mesmo o oferecimento da denúncia, pois para que se comece uma investigação, não é necessário um juízo total de certeza quanto à prática do crime.

Quanto a uma sentença condenatória, a jurisprudência parte no sentido de que, isoladamente considerada, a colaboração premiada não pode respaldar uma sentença condenatória. Por isso é que ela deve estar acompanhada de outros meios de provas.

Neste contexto, Masson e Marçal (2018, p. 282):

Desse panorama resulta nítido que as declarações prestadas pelo colaborador podem ser utilizadas pelo magistrado para dar substrato à sentença condenatória. O que veda a lei é que a sentença se alicerce apenas nas declarações do colaborador

No entanto, segundo Lima (2017, p. 802), “se porem a colaboração premiada estiver consonância com as demais provas produzidas ao longo da instrução processual, adquire força suficiente para fundamentar um decreto condenatório”.

A doutrina dá o nome de regra da corroboração a esse mandamento de que o colaborador traga elementos de informação que confirmem as suas declarações. Esse entendimento jurisprudencial foi positivado pela Lei 12.850/13, em que o art. 4º, §16, aduz: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador”.

Lima (2017, p. 802) explica a finalidade deste parágrafo:

Com o fito de prevenir delações falsas, deve o magistrado ter extrema cautela no momento da valoração da colaboração premiada, devendo se perquirir acerca da personalidade do colaborador, das relações precedentes entre ele e o (s) acusado (s) delatado (s), dos móveis da colaboração, da verossimilhança das alegações e do seu contexto circunstancial. Como se sabe, é cada vez mais comum que haja disputas internas pela gerência de organizações criminosas, o que pode, de certa forma, servir como móvel para a delação de antigos parceiros, ou até mesmo de pessoas inocentes. Tais situações espúrias, denominadas pela doutrina estrangeira de móveis turvos ou inconfessáveis da delação, devem ser devidamente valoradas pelo magistrado, de modo a se evitar que a delação seja utilizada para deturpar a realidade

Silva (2015, p. 72) explica que: “isoladamente, as ‘declarações’ do colaborador não são suficientes para embasar uma solução condenatória, exigindo a lei o que já está consagrado na jurisprudência: a necessidade de que sejam comprovadas por outras provas”.

Quanto a isso, Masson e Marçal (2018, p. 282-283) estabelecem:

Veja-se que o art. 4.º, § 16, não delimitou quais ou quantos meios de prova são necessários para que um fato seja considerado verdadeiro. Ao contrário, o citado preceptivo consagrou um regime de prova legal negativa, por meio do qual se determina que ‘somente a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado. O legislador não estabeleceu, abstratamente, o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço

a presunção de inocência, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável’.

Portanto, caso o magistrado não disponha de nenhum outro elemento probatório, mas apenas e tão somente das declarações do colaborador, a absolvição será de rigor (CPP, art. 386, VII). Por sua vez, ‘mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam a delação de corréus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas colhidas’

A colaboração, então, não pode ser valorada exclusivamente para dar azo a uma sentença condenatória, devendo vir acompanhada por outros meios de prova. Neste caso, caso o magistrado não tenha contato com outros meios de prova que comprovem o que o colaborador falou, deverá absolver. No entanto, se houver referência a depoimentos que respaldam aquela delação, será fundamentado o provimento judicial, pois está em consonância com as demais provas colhidas.

É oportuna a lição de Lima (2018, p. 726-727):

Em sede de sentença condenatória, todavia, se nem mesmo a confissão do acusado, auto incriminando-se, é dotada de valor absoluto, não sendo mais considerada a rainha entre as provas (CPP, art. 197), o que dizer, então, da colaboração premiada? Ante a possibilidade de mendacidade intrínseca à colaboração premiada, a jurisprudência firmou-se no sentido de que, isoladamente considerada, esta técnica especial de investigação não pode respaldar uma condenação, devendo estar corroborada por outros elementos probatórios. Se, porém, a colaboração estiver em consonância com as demais provas produzidas ao longo da instrução processual, adquire força probante suficiente para fundamentar decreto condenatório (grifo nosso).

Nestes termos, segundo Masson e Marçal (2018, p. 283):

Dessarte, as declarações prestadas em virtude de colaboração premiada têm valor probatório relativo, pois reclamam *corroboração*. Vale nesse campo, a mesma sistemática processual delineada há muito pelo art. 197 do Código de Processo Penal para definir o valor da confissão, *in verbis*: ‘O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá *confrontá-la com as demais provas do processo*, verificando se entre elas e estas existe compatibilidade ou concordância

O magistrado, então, em sede de sentença condenatória, deverá analisar se as informações prestadas pelo colaborador encontram concordância com outras provas produzidas no processo, de modo que, sendo desta forma, ela adquira força probante suficiente para fundamentar uma condenação.

Dessa forma, o valor probatório da colaboração premiada estará ligado à regra da corroboração:

Daí a importância daquilo que a doutrina chama de regra da corroboração, ou seja, que o colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações (v.g., indicação do produto do crime, de contas bancárias, localização do produto direto ou indireto da infração penal, auxílio para a identificação de números de telefone a serem grampeados ou na realização da interceptação ambiental, etc.) (LIMA, 2018, p. 727)

Em síntese, a lei exige que as provas trazidas pelo colaborador estejam corroboradas com outras para que sejam capazes de fundamentar uma sentença condenatória.

Quanto ao aspecto probatório das colaborações premiadas, Moro (2016, p. 880) alude:

Usualmente é ainda levantado outro óbice à delação premiada, qual seja, a sua reduzida confiabilidade. Um investigado ou acusado submetido a uma situação de pressão poderia, para livrar-se dela, mentir a respeito do envolvimento de terceiros em crime. Entretanto, cabível aqui não é a condenação do uso da delação premiada, mas sim tomar-se o devido cuidado para se obter a confirmação dos fatos por ela revelados por meio de fontes independentes de prova

Segundo o magistrado aponta, deve-se confirmar os fatos alegados pelo colaborador com outros meios independentes de prova, devendo-se ter cautela quanto às informações trazidas pelo acusado ou investigado. Não se deve condenar a colaboração premiada apenas baseado no fato de que um criminoso pode lançar inverdades para se beneficiar.

O colaborador pode também ser ouvido como testemunha, no caso de ele imputar o crime a outrem, em que a finalidade é conferir o valor de prova, não sendo somente de elemento informativo, tendo natureza de prova testemunhal. É indispensável o respeito ao contraditório, funcionando como verdadeira condição de existência da prova, de modo que, quando houver necessidade de ouvir o colaborador no processo a que respondam aqueles ao qual ele imputou tal fato criminoso, isto deve ser feito na presença do juiz, com a participação das partes. Como o colaborador vai servir como testemunha, deve-se permitir que o defensor do corréu delatado realize perguntas ao mesmo.

Lima (2017, p. 802-803) destaca que as reperguntas que forem formuladas pelo advogado do litisconsorte passivo devem se limitar aos fatos que incriminaram o corréu que foi delatado, de forma a preservar o direito de não produzir prova contra si do colaborador.

A doutrina ainda aponta se seria possível uma condenação com base em duas ou mais delações com o mesmo conteúdo, ou seja, duas ou mais colaborações de réus distintos disponho sobre a mesma coisa, que seria o que é conhecido como corroboração recíproca ou cruzada.

Para Masson e Marçal (2018, p. 284), o legislador pode ter aceito isto:

O § 16 do art. 4.º da Lei 12.850/13 é expresso ao dizer que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento 'apenas nas declarações de agente colaborador'. Ao se utilizar da expressão *apenas nas declarações de agente colaborador*, redigida no singular, o legislador parece ter consentido abstratamente com a condenação do delatado se estribada em mais de uma declaração prestada por *colaboradores distintos*, desde que harmônicas e robustas. É o que emana da interpretação a *contrario sensu* do dispositivo citado

Doutro modo, em sentido contrário, Badaró (2015, s.p.):

Cabe observar que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível, que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada 'impura', o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho.

Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostenta a mesma debilidade ou inferioridade?

Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco da corroboração de outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas

Para o professor, é inadmissível uma sentença condenatória com base na corroboração cruzada, pois, nisto, há grande chance de ocorrer um erro judiciário com base somente nas delações. Deve o juiz absolver o imputado se somente existirem provas baseadas em delações cruzadas, devendo ser orientada em prol da liberdade, pois como o legislador dispôs que a colaboração premiada não pode ser considerada sozinha, como poderia, então, ser considerada quando estivesse

corroborada com outras colaborações? Deste modo, não se deve considerar como prova, para se fundamentar uma sentença condenatória, colaborações cruzadas ou recíprocas.

O professor ainda conclui:

É insuficiente para o fim de corroboração exigido pelo § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 que o elemento de confirmação de uma delação premiada seja outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante.

Caso o juiz fundamente uma condenação apenas com base em declarações do delator, terá sido contrariado o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, sendo admissível o recurso especial para o controle da violação de tal regra legal sobre prova (BADARÓ, 2015, s.p.)

Nestes termos, segundo Badaró (2015, s.p.), se fosse utilizada a regra da corroboração cruzada, estaria violado o § 16, do art. 4º, da Lei 12.850/13. Sendo assim, deve-se confirmar os fatos alegados pelo colaborador com outros meios independentes de prova.

5.5 Objetivos do Acordo de Colaboração Premiada

O acordo de colaboração premiada tem por objetivo o atingimento de um dos resultados previstos na Lei 12.850/13, precisamente em seu art. 4º, I a V, devendo esses resultados serem ocasionados diretamente das informações que foram trazidas pelo colaborador.

O artigo 4º, da referida Lei, em seu caput, estabelece:

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.

Como o final do artigo mostra, a colaboração deve ocasionar um ou mais dos resultados listados nos incisos. Dessa forma, conclui-se que:

A inserção da conjunção alternativa “ou” no caput do art. 4º da Lei 12.850/13 deixa transparecer que não há necessidade da consecução de todos os resultados. Na verdade, ainda que a colaboração do agente resulte na obtenção de apenas um dos resultados, como, por exemplo, a localização da vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, V), o agente fará jus aos prêmios legais, levando-se em consideração, para tanto,

a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (LIMA, 2017, p. 791)

Acerca deste assunto, Costa (2017, p. 136) alude: “Ressalta-se que objetivos da colaboração premiada não são cumulativos, mas sim alternativos, negociáveis conforme o conhecimento do pretense colaborador e a necessidade investigativa dos órgãos estatais”.

Silva (2015, p. 59) alude o mesmo posicionamento:

Tais resultados, contudo, não devem ser considerados cumulativamente, bastando a ocorrência de um deles para a validade da colaboração, até porque, é possível que do crime visado ou praticado pela organização não haja vítima a ser localizada ou mesmo produto ou proveito a ser recuperado

Com isto, relacionado à eficácia da colaboração, foram estabelecidas condições para o recebimento dos prêmios legais acordados, estabelecendo a necessidade de atingimento do resultado de ao menos uma delas.

Superado este assunto quanto à conjunção alternativa, passar-se-á à análise de cada um dos incisos do art. 4º da Lei 12.850/13:

I - A identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas:

Conforme a leitura do inciso, para um primeiro entendimento, fica claro que as informações serão a respeito do crime que está sendo investigado, no qual o colaborador também tenha participado. Com isso, caso o agente somente preste declarações acerca de outros crimes, que não são objetos da investigação que há contra ele, não fará jus ao prêmio legal acordado. Este é o posicionamento defendido por Lima (2017, p. 791), que cita um exemplo de fácil entendimento:

A título de ilustração, se o agente estiver sendo investigado pelo fato de ser integrante de organização criminosa especializada na prática de roubo de cargas, suas informações devem ser eficazes para a identificação dos demais coautores e partícipes envolvidos nesta prática delituosa. Logo se este agente resolver colaborar com o Estado, fornecendo informações pertinentes a crimes diversos que não são objeto do procedimento investigatório contra ele instaurado (v.g associação criminosa responsável pela prática de tráfico de drogas da qual o agente sequer era integrante), não fará jus aos benefícios previstos na Lei nº 12.850/13

No entanto, existe uma corrente intermediária, previsto no posicionamento de Masson e Marçal (2018, p. 247):

Com efeito, deve-se reconhecer que a colaboração pode culminar no alargamento do objeto da investigação, alcançando fatos que até então não era de conhecimento das autoridades públicas. A colaboração premiada, assim, pode ir além do objeto investigado (mas não pode ficar aquém dele) para alcançar fatos diversos (conexos ou não). O que não nos aparenta viável, pois, é que o colaborador nada mencione sobre a organização criminosa que integra e as infrações penais por ela praticadas e, optando por delatar terceiros sobre fatos completamente distintos do objeto investigado, venha assim mesmo a receber um prêmio. Nesse caso, a colaboração não será minimamente eficaz para o deslinde do caso originalmente investigado

Parece a corrente melhor acertada. Desta forma, o agente poderá colaborar entregando fatos distintos, que sejam conexos ou não, e ainda fará jus ao seu prêmio legal, desde que, com relação ao crime que está sendo investigado, este preste eficazmente informações.

Para Mendroni (2016, p. 172), este inciso não quer dizer a identificação de todos os outros agentes em organização criminosa:

A identificação dos demais coautores não esgota, evidentemente, todos os integrantes da organização criminosa, até porque, em se tratando de organização criminosa de grande porte, isso seria impossível, inviabilizando a aplicação da lei. Há que se indicar outros integrantes, executores materiais, mandantes, colaboradores etc. Parece lógico que a importância da pessoa referida pelo colaborador também sirva como aspecto de 'eficácia' em termos de resultado penal que ele pretenda obter. Entregar um chefe ou líder da organização, obviamente, deve gerar mais mérito como moeda de troca do que entregar um executor de tarefas de menor importância

Desta forma, para o autor, a importância das pessoas mencionadas servirá como meio de aferir a sua eficácia, de modo que, dependendo da importância do integrante mencionado, o prêmio legal poderá ser maior. De mais a mais, seria inviável exigir que, com este objetivo, o colaborador esgote todos os integrantes da organização criminosa, pois, dependendo do tamanho da organização, seria inviável exigir-se isto, sob pena de um esvaziamento da aplicabilidade deste inciso.

Quanto à cumulatividade prevista no inciso, Masson e Marçal (2018, p. 246) afirmam:

Veja-se que a lei impõe a cumulatividade dos resultados, estipulando que a colaboração redunde na descoberta dos demais agentes (coautores e partícipes) da organização criminosa e das infrações penais por eles cometidas, independentemente do patamar máximo da pena prevista no preceito secundário desses delitos. A pena máxima superior a 4 (quatro) anos interessa para a definição legal do *crime organizado por natureza*, mas não para o *crime organizado por extensão*

Desta forma, para que haja o prêmio legal, caso convenionado, o agente deverá, além de identificar os coautores e partícipes, revelar as infrações penais por eles cometidas.

II - A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa:

A preocupação do legislador, quanto a este inciso, é que a divisão de tarefas e a estrutura hierárquica são elementos necessários para a caracterização de uma organização criminosa, conjuntamente com a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas. A intenção é obter informações que sejam capazes de revelar a hierarquia da organização e possa atuar de modo a desmantelar a organização criminosa e punir seus membros.

Lima (2017, p. 792), quanto a esse objetivo, explica:

A consecução desse resultado deve ser analisada com certo temperamento, já que nem sempre o colaborador terá conhecimento de todos os integrantes do grupo. Afinal, é extremamente comum que o ocupante de uma posição inferior na hierarquia da organização criminosa sequer tenha acesso aos integrantes mais graduados. Por isso, o que realmente interessa para fins de concessão dos prêmios legais é a revelação, por parte do colaborador, de todas as informações de que tinha conhecimento, de modo a otimizar a descoberta da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas do grupo

Deve-se ter cautela quanto a esse objetivo, pois a estrutura organizacional nem sempre é verificável, podendo o colaborador não ter conhecimento daqueles que estão acima dele. Desta forma, mesmo que ele somente identifique uma parte da estrutura da organização criminosa, caso seja eficaz, merecerá o prêmio legal.

Sendo este também o posicionamento de Mendroni (2016, p. 173) que afirma:

[...] sabendo a complexidade das estruturas das organizações criminosas, evidentemente que nem sempre será possível a revelação de todos os detalhes da organização e de suas atividades, até porque muitas vezes o colaborador nem sequer terá o seu conhecimento integral, especialmente dependendo de sua posição dentro da estrutura da organização – quanto menor (mais inferior), menos saberá

Dessa forma, deverá ser analisado se o colaborador atingiu este resultado com cautela, pois não se pode exigir que preste informações sobre todos os detalhes da organização, que, a depender de sua posição na estrutura da mesma, poderá não saber de todos que estão acima.

Para Masson e Marçal (2018, p. 248): “a hipótese trata da chamada colaboração reveladora da burocracia da organização”.

III - A prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa:

Este inciso estabelece, como objeto, um resultado preventivo, no sentido de evitar que possíveis crimes venham a ser praticados. Dessa forma, para que o agente faça jus ao prêmio legal, deve-se constatar a influência direta da colaboração sobre o não acontecimento do fato ilícito. No entanto, caso reste provada que a prisão em flagrante de algum integrante da organização pela prática de crime somente foi possível por causa das informações trazidas pelo colaborador, a ele deverá ser concedido o prêmio legal.

É assim entendido pelos autores:

[...] ficando demonstrado que as informações prestadas pelo colaborador foram eficazes para o fim de prevenir a prática de infrações penais pela organização criminosa – por ter culminado na prisão em flagrante de seus comparsas na ocasião em que estavam novamente agindo criminosamente, v.g. –, restará alcançado o resultado prático almejado com a celebração do acordo. (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 249)

Segundo Mendroni (2016, p. 173), quanto à eficácia da colaboração com base neste inciso:

Para analisar o aspecto da ‘eficácia’, o Promotor deverá avaliar se as infrações penais efetivamente deixaram de ocorrer em decorrência direta da colaboração prestada, ou ao menos se havia alto potencial de que

ocorresse sem a colaboração, em face das circunstâncias obtidas. Isso porque delatar 'suposições' seria entregar muito benéfico a troco de nada, quando não, de mero blefe que muito possivelmente possa advir de agentes criminosos ansiosos pela extinção da punibilidade

Para fazer jus aos prêmios legais, deverá restar provado que os ilícitos certamente deixaram de ocorrer em decorrências das informações prestadas pelo colaborador, pois não se pode conceder benefícios a aquele que delatou apenas suposições baseadas em "achismos".

Quanto ao silêncio do inciso a fazer referência às infrações penais, mas não discriminar a pena cominada a elas, Lima (2017, p. 792) lembra que tais infrações devem ter penas cominadas superiores a 4 (quatro) anos, pois tal requisito faz parte do conceito legal de organização criminosa, disposto no art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13.

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

A finalidade deste inciso é de diminuir o prejuízo ocasionado pelos crimes que foram praticados pela organização. Segundo Mendroni (2016, p. 174): "uma vez mais a lei procurou diminuir o prejuízo à sociedade, e aqui também às vítimas diretas da organização criminosa. Em outras palavras, significa diminuir o impacto direto e as consequências das infrações penais".

Deste modo, para que se viabilize a recuperação:

A recuperação pode ser viabilizada por meio da indicação pelo colaborador das contas bancárias mantidas por ele e pelos demais integrantes da organização no Brasil e no exterior; da declinação dos nomes das empresas *offshore* e seus verdadeiros proprietários, etc. (MASSON; MARÇAL, p. 249)

Quanto ao produto do crime, Lima (2017, p. 792) conceitua que: "produto da infração penal (ou *producta sceleris*) é o resultado imediato da operação delinquencial, enfim, os bens que chegam às mãos do criminoso como resultado direto do crime".

Continuando a leitura do inciso, por sua vez, proveito da infração seria "[...] produto indireto ou *fructus sceleris*, configura o resultado mediato do crime, ou seja, trata-se do proveito obtido pelo criminoso como resultado da transformação, substituição ou utilização econômica do produto direto do delito". (LIMA, 2017, p. 792).

Como produto do crime, pode-se citar de exemplo o objeto que foi roubado. Como proveito da infração, um imóvel, adquirido com o resultado da venda de drogas. Quanto maior for a recuperação do Estado, em razão das informações prestadas pelo colaborador, maior poderá ser o prêmio legal a ser concedido.

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

Para concessão de prêmio legal com base neste objetivo, o inciso estabelece que não basta somente o colaborador revelar às autoridades o local do cativo, pois a vítima deverá estar com a sua integridade física preservada, sendo, neste caso, requisitos cumulativos.

Costa (2017, p. 137) explica: “ressalte-se que a negociação de tal objeto somente será possível em crimes que houver vítima em local incerto, como o sequestro ou cárcere privado”.

Caso a vítima seja resgatada do cativo onde estava, ou consiga fugir, o benefício não será concedido ao colaborador, pois não resultou diretamente das informações por ele prestadas. Do mesmo modo, se o colaborador revelar, às autoridades, o local do cativo e a polícia, ao chegar neste local, encontrar somente o cadáver da vítima, a colaboração não poderá ser considerada eficaz, não fazendo jus ao prêmio legal.

Realizando o fim à análise de todos objetivos, cabe ressaltar, uma última vez:

Não há de se exigir, pois, a presença concomitante dos resultados elencados nos incisos de I a V do art. 4.º. Para que o colaborador possa fazer jus a algum dos prêmios legais, basta o alcance de apenas um deles. Não sendo alcançado nenhum dos resultados esperados, o acordo de colaboração restará inadimplido e, por isso mesmo, não renderá azo à incidência do prêmio. (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 254)

Com o fim da análise dos incisos, por se tratar a colaboração premiada de um verdadeiro acordo, seu objeto deve ser lícito, possível e determinado. As cláusulas do acordo devem estar em consonância com a legalidade.

5.6 Prêmios Legais no Âmbito da Lei nº 12.850/13

A questão a ser analisada, antes de se olhar os prêmios legais em si, seria se é possível uma cumulação ou estes prêmios são alternativos?

Uma parcela da doutrina aduz a ideia de que como o dispositivo utiliza a expressão “ou”, isto estabelece uma alternativa, de forma que os prêmios seriam alternativos, de modo que não seria possível cumular as benesses.

Para uma segunda corrente, seria possível a cumulação. Pois como a Lei prevê um prêmio máximo, que seria na hipótese de não oferecimento da denúncia, não há óbice para que haja uma redução da pena privativa de liberdade e seja substituída por restritiva de direitos.

Adotam esta segunda corrente, Gomes e Silva (2015) apud Masson e Marçal (2018, p. 200):

Entende ser possível a cumulação de prêmios, pois, se é admissível até mesmo o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público quando o colaborador não for líder da organização criminosa (LCO, art. 4.º, § 4.º), ‘que é o benefício maior, não vemos óbice para que haja, por exemplo, uma redução de pena privativa de liberdade até 2/3, substituindo-a por restritiva de direitos’

Fixada esta premissa, a grande inovação da Lei, do ponto de vista dos prêmios legais, está no art. 4º, § 4º, que consiste em não oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público a aqueles que tenham sido os primeiros a colaborar com a Justiça, prestando efetiva colaboração, e não sejam líderes da organização criminosa.

Para Costa (2017, p. 138) essa hipótese: “somente será viável nos casos de colaboração pré-processual, isto é, durante a fase investigatória”.

Ressalta-se que ambos os requisitos devem ser preenchidos concomitantemente, qual seja, o colaborador for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos do artigo e não for o líder da organização criminosa.

Quanto a essa possibilidade, Delmanto, Delmanto Junior, Almeida Delmanto (2014, p. 1033) comentam:

Plea bargain brasileira: A lei 12.850/13, pela primeira vez na história do direito brasileiro, excepcionou o denominado ‘princípio da obrigatoriedade’ (para nós, regra da ‘compulsoriedade’) do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, sempre que formada a sua *opinio delicti*. Até então,

jamais poderia o *Parquet* deixar de oferecer uma denúncia nos casos que, inexistindo prescrição, houvesse prova da materialidade e indícios suficientes de autoria criminosa. Antes dessa lei, a delação premiada dependia, sempre, da palavra final do juiz ao sentenciar o processo. Agora, se houver delação premiada na fase das investigações, o próprio Promotor de Justiça ou Procurador da República poderá deixar de oferecer denúncia ao delator. O juiz não tem mais a última palavra

Porém, pelo menos em regra, a concessão dos prêmios está condicionada a uma sentença final. No entanto, o legislador neste caso abriu mais uma hipótese de exceção do princípio da obrigatoriedade ao qual está condicionado o Ministério Público, prevendo que ele poderá deixar de oferecer a denúncia, desde que preenchidos os dois requisitos citados. Esta é a visão de Mendroni (2016, p. 178): “são fixadas aqui duas hipóteses independentes e discricionárias ao Ministério Público – titular da ação penal pública, para o não oferecimento da Denúncia, em clara exceção ao Princípio da Legalidade”.

Neste entendimento, Masson e Marçal (2018, p. 223):

A previsão normativa em comento tem sido vista na doutrina como um abrandamento do princípio da obrigatoriedade, ou mesmo como uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, porquanto, mesmo diante de crimes de ação penal pública e dispondo de elementos necessários para a propositura desta, preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público ‘poderá deixar de oferecer denúncia’. Há ainda quem defenda ter havido uma ‘introdução do princípio da oportunidade da ação penal pública na sua forma regrada ou regulada

Quanto a essa novidade, Lima (2017, p. 798) afirma:

Por consequência, esse dispositivo deve ser utilizado de maneira excepcional, vale dizer, o juiz não deve conceder o perdão judicial de pronto, uma vez que nem sempre será possível atestar o grau de liderança da organização criminosa exercido pelo colaborador sem o prévio encerramento da instrução criminal em juízo. Daí a importância de o não oferecimento da denúncia previsto no art. 4º, § 4º, ser precedido do sobrestamento da persecução penal inserido no art. 4º, § 3º, a fim de verificar a eficácia objetiva das informações prestadas pelo colaborador. Outrossim, na eventualidade de o juiz não concordar com a promoção de arquivamento com fundamento no art. 4º, § 4º, por entender, por exemplo que o suposto colaborador seria o líder da organização criminosa, não fazendo jus à extinção da punibilidade por tal motivo, deve o magistrado aplicar o princípio da devolução inserido no art. 28 do CPP, determinando a remessa dos autos ao Procurador-Geral. Por fim, na hipótese de o colaborador não ter sido denunciado, subsiste a possibilidade de sua oitiva como testemunha no processo criminal referente aos demais agentes por ele delatados. Nesse contexto, o art. 4º, § 12 da Lei nº 12.850/13, dispõe que, ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial, hipótese em que prestará o compromisso de

dizer a verdade, daí por que pode responder pela prática do crime de falso testemunho (CP, art. 342) ou pelo delito previsto no art. 19 do referido diploma legal

Dessa forma, o autor dá importância a um outro parágrafo da lei, qual seja, o § 3º, que se refere ao sobrestamento da persecução penal, que deverá ser utilizado para fins de análise da eficácia da colaboração e, se o colaborador não é mesmo líder da organização criminosa, para, posteriormente, premiá-lo com o não oferecimento da denúncia, pois se se deixasse de oferecer a denúncia de plano, posteriormente poderia se descobrir que o agente que colaborou era um dos líderes.

Quando não entender cabível o arquivamento suscitado pelo *Parquet*, por entender que o colaborador é líder da organização criminosa, ou não foi o primeiro a prestar efetiva colaboração, segundo o autor, deve o magistrado determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral, aplicando-se, assim, o artigo 28 do Código de Processo Penal. De mais a mais, caso não seja denunciado, o colaborador ainda poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes, ou por iniciativa do juízo, de modo que, neste caso, estará depondo como testemunha, podendo a ele ser imputado o crime de falso testemunho, pois nesta hipótese assume o compromisso de dizer a verdade.

Seguindo com este mesmo posicionamento, Silva (2015, p. 63):

Não concordando com os termos do acordo, o juiz deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, por analogia do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, já que a ausência de promoção da ação penal implica o arquivamento da acusação e a proposta de perdão judicial equivale à disponibilidade do *jus puniendi* estatal

Existe uma outra parcela da doutrina que entende não ser cabível a remessa ao Procurador-Geral neste caso, sendo este o posicionamento adotado por Mendroni (2016, p. 179):

Não nos parece o caso, entretanto, por duas razões básicas: 1. Os institutos, este do artigo 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13 (concessão de imunidade) e aquele do artigo 18 do CPP sobre o arquivamento do Inquérito Policial, têm diferentes motivações. São circunstâncias legais diferentes, não se podendo, então, para ambas, aplicar o mesmo dispositivo, já que a analogia cabe sempre e quando os institutos sejam semelhantes. A motivação que enseja o arquivamento de autos de investigação (inquérito policial ou Procedimento Investigatório Criminal) corresponde à '*falta de base para a denúncia*', nos termos do artigo 18 do Código de Processo Penal. Significa, em outras palavras, realizar o MP a análise em procedimento preliminar investigatório das mesmas situações previstas no

artigo 386 do CPP quando o juiz profere sentença absolutória. A medida processual criada no artigo 28 do CPP de reenvio do caso ao PGJ foi criada para essas específicas circunstâncias. Mas o caso do dispositivo da Lei nº 12.850/13 não se amolda a nenhum deles, sendo verdadeira discricionariedade do Ministério Público em outras situações, diferentes e expressamente previstas – para aquele ‘*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 [...]*’. Enquanto na primeira hipótese o Ministério Público não encontra elementos de convicção (indícios, elementos de provas e provas) para o oferecimento da denúncia, neste, apesar de encontrá-los, não oferece denúncia porque estabelece um acordo vantajoso, não só para o suspeito, mas também para a Administração da Justiça. São, portanto, institutos diferentes para situações diversas. 2. Não há previsão legal expressa, como aquela do artigo 28 do CPP, para qualquer providência pelo Juízo que não concordar, sendo decisão exclusiva do Ministério Público a concessão de imunidade, ao menos pela sistemática legal introduzida por essa lei. Note-se que a mesma Lei nº 12.850/13, quando desejou, previu expressamente, no mesmo artigo 4º, § 2º, para os casos de perdão judicial ou redução da pena, a aplicação analógica do dispositivo do artigo 28 do CPP. Se não a previu também para os termos do § 4º é porque não quis – não desejou que assim fosse (grifo nosso)

Segundo o autor, não seria caso de reenviar os autos ao Procurador-Geral por analogia, porque a medida prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal foi criada para específicas circunstâncias, como quando o membro do Ministério Público não vislumbrar, no caso, base para a denúncia, de modo que não abrange, este caso, o não oferecimento da denúncia. Além do mais, no caso específico, mesmo encontrando base para a denúncia, não a realiza, por se trata de uma discricionariedade do *Parquet* em não oferecer denúncia, prevista na Lei de Organizações Criminosas, quando avistar um acordo vantajoso. Por fim, não há previsão expressa da remessa ao Procurador-Geral, levando a entender que a Lei assim desejou, pois, quando desejou que fosse aplicado o art. 28 do Código de Processo Penal, previu expressamente, como no caso do § 2º, do art. 4º, quando tratou do perdão judicial.

Quanto ao entendimento de aplicação do não oferecimento da denúncia precedido do sobrestamento do prazo, também Masson e Marçal (2018, p. 228) aludem:

[...] quando não for notória a liderança da organização, parece-nos conveniente que a efetivação do prêmio consistente no *não oferecimento da denúncia* e o consequente *arquivamento dos autos de investigação* (art. 4º, § 4º) sejam precedidos do sobrestamento do prazo para o oferecimento da denúncia (art. 4º, § 3º) pelo período de seis meses (suspendendo-se o fluxo da prescrição), prorrogáveis por igual tempo, a fim se aferir com mais precisão a eficácia das informações prestadas pelo colaborador e sua posição dentro da organização

Por fim, consegue-se compreender que, mesmo o colaborador sendo beneficiado pelo não oferecimento da denúncia, tratando-se de decisão declaratória extintiva da punibilidade, permanece a possibilidade de ser ouvido como testemunha, nos procedimentos iniciados por força de sua colaboração.

Caso o magistrado, no momento de análise dos requisitos para homologação, verificar que o colaborador não é o primeiro a prestar efetiva colaboração, ou que é o líder da organização criminosa, poderá o juiz se recusar a homologar o acordo, aplicando o princípio da devolução, isto é, remeter os autos ao Procurador-Geral, conforme o art. 28 do Código de Processo Penal, o que, se viú, gera divergência doutrinária.

Com relação ao § 4º, do art. 4º, da Lei 12.850/13, em seu início mencionar “nas mesmas hipóteses do *caput*”, entende Silva (2015, p. 63) que: “o legislador tão somente exigiu a presença dos pressupostos ali previstos”.

Quanto ao prêmio máximo estipulado pela lei, trata-se de simples não oferecimento da denúncia, não há o que se falar em absolvição, mas de mero arquivamento de procedimento inquisitorial.

Costa (2017, p. 138), ao comentar sobre a possibilidade do não oferecimento da denúncia trazida pelo diploma legal em comento, critica a Lei dizendo que ela foi muito restritiva com relação ao objeto da colaboração premiada na fase processual, impossibilitando que acusados que preencham o art. 4º, § 4º, sejam beneficiados com a desistência do processo pela acusação, pois a lei não mitigou o princípio da indisponibilidade da ação penal. Desta forma, não poderá haver uma desistência da ação penal já em curso por parte do Ministério Público, pois não há previsão legal para tanto, o que, segundo o autor, é possível no Direito Americano, por meio do chamado *offering no evidence*, no qual o Ministério Público, embora não desista da ação penal, deixa de oferecer provas de materialidade em face do colaborador.

Superada esta grande novidade trazida pelo diploma legal em comento, passa-se agora à análise de cada um dos prêmios legais, dando início aos estabelecidos no art. 4º *caput* da Lei de Organizações Criminosas, que estabeleceu: o perdão judicial, a diminuição da pena em até 2/3 (dois terços) ou a sua substituição por pena restritiva de direitos.

Seguindo a ordem da Lei, o perdão judicial acarreta a consequente extinção da punibilidade do agente colaborador, o que poderá ser concedido pelo juiz a requerimento das partes, em que o magistrado, reconhecendo a prática de um fato típico, ilícito e a culpabilidade do autor, não aplica a pena. Quanto a esse prêmio, o art. 4º, § 2º, do diploma legal em comento, estabelece que o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o Delegado de Polícia nos autos do inquérito policial, com a devida manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão do perdão judicial, considerando a relevância da colaboração prestada, mesmo que esse benefício não tenha sido previsto no acordo inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Código de Processo Penal. Dessa forma, mesmo que não esteja previsto no acordo inicial de colaboração premiada, poderá ser o perdão judicial posteriormente requerido, mesmo que o prêmio acordado inicialmente seja outro, o que poderá ocorrer, por exemplo, nos casos em que a colaboração se revelar mais que o esperado, adquirindo maior eficácia. O dispositivo legal, ao dizer “a qualquer tempo”, leva a entender que poderá ser desde a fase investigatória até a sentença, desde que se preencham os pressupostos legais e a eficácia da colaboração. Até a sentença, porque posteriormente à sentença a lei admite outros benefícios, como redução até a metade da pena, mas não prevê o perdão judicial.

São oportunas as palavras de Mendroni (2016, p. 169), a saber:

Para a concessão de Perdão Judicial, parece lógico que a colaboração deva ser de fato muito eficiente para viabilizar a um criminoso pertencente a uma organização criminosa obtê-lo. Trata-se de uma espécie diferenciada de ‘perdão judicial’ porque, segundo o conceito originariamente implantado no nosso sistema jurídico, ele busca deixar de punir aquele que tenha sofrido consequência social tão grave decorrente da sua própria conduta, que se pode considerar por aplicada e cumprida a sua pena

Evidentemente que a colaboração do indivíduo deve ser, nas palavras do autor, muito eficiente, pois aplicar o perdão judicial a um criminoso que pertence a uma organização criminosa deveria ser, em todo caso, a última medida a ser concedida como prêmio legal, pois, perfaz-se por necessário que aquele que cometeu um ilícito responda pela sua conduta, ainda que em menor intensidade, considerando as outras benesses legais disponíveis na Lei de Organizações Criminosas. O autor conclui: “para ter direito ao benefício, voluntariedade não basta, é preciso que seja realmente eficaz”. (MENDRONI, 2016, p. 170).

O fato de o perdão judicial poder se dar desde a fase investigatória é vista com “maus olhos” por uma parcela da doutrina. Santos (2017, p. 173) explica:

Sem embargo, reputamos prudente aguardar o desenlace da instrução, haja vista a possibilidade de advento de fato novo – *mutatio libelli* (art. 384 do CPP) –, a agravar a denúncia, não mais recomendado o perdão. Se a efetividade da cooperação, em contrapartida, depende do que venha a se apurar em juízo, impõe-se aguardar o término da instrução para, na sentença, se condenatória, sopesar a adequação (ou não) do perdão. (grifo do autor)

Para o autor, seria prudente se aguardar a instrução, pois poderia ocorrer de um fato novo influenciar no não requerimento do perdão judicial pleiteado inicialmente, bem como para aferir a efetividade, caso esta dependa do que venha a ser apurado em juízo, em que somente ao final da instrução se poderia aferir a adequação do mesmo.

Quanto à menção do Delegado de Polícia, surge divergências. Segundo Santos (2017, p. 172-173):

A menção ao delegado de polícia mostra-se imprópria, pois é o *Parquet* o titular da pretensão punitiva e, portanto, o pactuando, o que não significa que o primeiro não possa recomendar ao magistrado o perdão judicial, mesmo porque passível de concessão *ex officio* – tratando-se de mera sugestão, o juiz não tem a obrigação de conhecer o pedido. Apreciará se quiser. Outorgando-o, será de ofício. Sem embargo, se o *Parquet*, titular privativo da ação penal pública, opinar favoravelmente à representação policial, encampando-a, o Juízo terá que examinar o pedido, acolhendo-o ou não, o que há de ser feito na sentença. (grifo do autor)

Para o autor, o Delegado de Polícia poderá tão somente recomendar ao juiz a aplicação do perdão judicial, de forma que, como se tratará de mera sugestão, o juiz não terá a obrigação de conhecer o pedido, apreciando caso queira. No entanto, caso o Ministério Público opine favoravelmente ao perdão judicial que foi representado pelo Delegado, neste caso, o juiz terá, obrigatoriamente, que examinar o pedido, que o acolherá ou não.

Para que seja possível a concessão do perdão judicial, faz-se por necessário que o indivíduo seja denunciado e processado, quando, no momento da sentença, o magistrado concederá uma sentença declaratória de extinção da punibilidade.

É neste sentido o posicionamento da doutrina, segundo Masson e Marçal (2018, p. 208-209):

Em síntese, para que o colaborador seja agraciado com o perdão judicial, necessário se faz que seja ele denunciado e regularmente processado. Somente ao término do processo penal, verificando-se que o crime se aperfeiçoou, e não sendo caso de absolvição (nada impede que o juiz absolva o colaborador), poderá o magistrado declarar o perdão

De mais a mais, concedido o perdão judicial, preconiza o §12, do art. 4º, da Lei 12.850/13, que o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

Quanto a esta possibilidade, Santos (2017, p. 174) preconiza:

[...] se o delator foi agraciado com o perdão judicial, extinguindo-se a punibilidade, com formação de coisa julgada material, é certo que não mais ostenta, em definitivo, a qualidade de imputado criminal, 'podendo ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial' ex vi do §12 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, na condição de testemunha, sujeitando-se às penas do falso testemunho. (grifo do autor)

Como com o perdão judicial concedido o colaborador não será mais imputado criminalmente, pois teve sua punibilidade extinta, adquirirá a condição de testemunha no caso de ser ouvido posteriormente, de toda sorte que sujeito estará às penas do falso testemunho.

Seguindo a leitura do dispositivo, ele nos traz a possibilidade de diminuição da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços). Quanto a esse prêmio legal em específico, Lima (2017, p. 796) aduz que o diploma legal foi silencioso quanto a estabelecer apenas o máximo de diminuição, sem estabelecer a quantidade mínima de decréscimo da pena. Segundo o autor (2017, p. 796), ante o silêncio da Lei, e para se evitar uma diminuição irrisória, deve-se utilizar, como parâmetro, o menor *quantum* de diminuição da pena que é previsto no Código Penal, que é de 1/6 (um sexto). Por outro lado, alguns autores aderem à outra corrente, de que o menor *quantum* de diminuição deve pegar como parâmetros outros diplomas legais que já dispuseram sobre redução da pena em colaboração premiada. Parece melhor adaptada a primeira corrente.

Quanto à quantidade de diminuição, Masson e Marçal (2018, p. 219-220) elucidam:

[...] o *caput* do art. 4º da Lei 12.850/13 refere-se apenas ao máximo de diminuição de pena privativa de liberdade, em até dois terços, sem estipular o *quantum* mínimo de decréscimo da pena. Em tese, seria possível a redução de apenas um dia, o que seria um extremo absurdo (por ferir a lógica do razoável). Diante disso, duas soluções se apresentam na doutrina: (a) a utilização como parâmetro do menor *quantum* de diminuição de pena previsto no Código Penal e na Legislação Especial, que é de 1/6 (um sexto); (b) a utilização como parâmetro do menor *quantum* de diminuição de pena previsto em diplomas legislativos que dispuseram sobre a delação premiada – com esteio no diálogo das fontes –, que é de 1/3 (um terço)

Desta forma, a doutrina se divide acerca do *quantum* de diminuição da pena, tendo, em principal, dois posicionamentos. O primeiro de que a redução siga como parâmetro o menor *quantum* de diminuição estabelecido no Código Penal, isto é, de um sexto. Já um segundo posicionamento, que seja utilizado o menor *quantum* de diminuição previsto em outros diplomas que dispuseram sobre a colaboração processual, que é de um terço.

Por fim, o *caput* do art. 4º, da Lei 12.850/13, traz a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não fazendo qualquer menção ao disposto no art. 44 do Código Penal, que estabelece os requisitos para a sua substituição. Ante o silêncio do legislador, entende-se que a concessão deste prêmio legal deverá ser feita sem a observância de tais requisitos. Com este entendimento, Masson e Marçal (2018, p. 221): “[...] em razão da teleologia da Lei do Crime Organizado, pensamos que a ‘substituição premial’ por uma das modalidades do art. 43 do Código Penal poderá ocorrer mesmo sem a observância das condicionantes do aludido art. 44”.

Também se tem a possibilidade de um acordo de colaboração premiada firmado posteriormente à sentença – pós-processual – no qual os prêmios específicos foram adicionados. Segundo o art. 4º, § 5º, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime, ainda que ausente os requisitos objetivos.

Silva (2015, p. 66) afirma acerca de cuidados que deverão ser tomados em colaboração premiada realizada nesta fase:

[...] segundo a experiência italiana, é nessa fase que é realizada a maioria dos acordos de colaboração premiada, pois o colaborador já tem sua

situação processual definida. Muitos condenados por associação do tipo mafioso realizaram acordos permutando a prisão perpétua por penas de prisão até 30 anos, com direito a benefícios. Porém, se de um lado aumenta a possibilidade de acordos frutíferos, de outro aumenta proporcionalmente a previsão de acordos falsos ou não dotados de eficácia

O autor alude a cuidados que deverão ser tomados, em se tratando de colaborações premiadas realizadas em fase pós-processual, pois a grande maioria já terá sua situação processual definida, de modo a serem levados a realizar o acordo como forma de melhorar somente a sua situação, acordos estes que não tenham eficácia ou não trazem nada de novo as investigações. Por isso, deverá haver certo cuidado tomado pelo *Parquet*. De outro modo, tomando os devidos cuidados e analisando quais informações específicas e eficazes o condenado poderá prestar, aumenta-se a possibilidade de acordos frutíferos.

Voltando aos prêmios legais específicos para acordos firmados posteriormente à sentença, em regra, a progressão de regimes está condicionada ao cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena e ao bom comportamento. Em se tratando de crime hediondos, apenas após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) se for primário e 3/5 (três quintos) se for reincidente. Para fins da colaboração premiada firmada posteriormente à sentença, o legislador foi claro em dizer com todas as letras que não serão analisados os requisitos objetivos para a progressão de regime, diferente de quando trouxe a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva, em que apenas silenciou. De toda sorte que, conforme o diploma legal expressamente prevê, apenas os requisitos objetivos não serão analisados, de forma que, para concessão deste benefício, ainda serão analisados os requisitos subjetivos do agente, ou seja, o seu bom comportamento carcerário.

Quanto à progressão de regimes, Masson e Marçal (2018, p. 221) nos afirmam:

De todo modo, sendo dispensada a presença do pressuposto objetivo para a progressão de regime prisional, nada está a impedir a chamada progressão *per saltum*, não incidindo, *in casu*, o verbete sumular 491 do STJ ('É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional')

Dessa forma, segundo os autores, pode-se ter um caso, por exemplo, de um indivíduo estar cumprindo pena no regime fechado e, como prêmio legal, ir diretamente para o aberto, podendo ocorrer a chamada progressão *per saltum*, caso em que não incidiria a Súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça.

Com a possibilidade de uma amplitude de prêmios legais, surge uma discussão sobre a incidência da Lei, qual seja, se os prêmios legais poderão ser aplicados a todo e qualquer crime cometido no âmbito da organização criminosa, ou se ficarão restritos somente ao crime de organização criminosa a ser considerado isoladamente.

Nesta discussão, há quem entenda que somente e exclusivamente ao crime de organização criminosa é que incidirá os prêmios legais.

Para Lima (2017, p. 799), mesmo os crimes que contam com regramento específico acerca da colaboração, como extorsão mediante sequestro e tráfico de drogas, não existe nenhum fundamento que seja razoável para negar a concessão dos benefícios dispostos pela Lei 12.850/13, pois isso iria causar um esvaziamento da eficácia do instituto, pois, se o acusado (ou investigado) souber que o prêmio legal ficará restrito somente ao crime de organização criminosa, dificilmente ele terá interesse em colaborar.

Por fim, para a concessão dos prêmios legais decorrentes, o art. 4º, § 1º, da Lei em comento, aduz que o juiz levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso.

Dessa forma, quanto à análise dos requisitos subjetivos:

Destarte, de modo a se evitar que esta importante técnica especial de investigação seja transformada em indevido instrumento de impunidade, a aplicação dos prêmios legais depende não apenas do preenchimento dos requisitos objetivos – consecução de um dos resultados listados pelos diversos dispositivos legais que tratam da colaboração premiada -, como também de requisitos subjetivos. Assim, mesmo que a colaboração tenha sido objetivamente eficaz para a obtenção de um dos resultados listados nos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/13, poderá o juiz recusar a homologação desse acordo se a análise do conjunto dessas circunstâncias judiciais for desfavorável ao colaborador (LIMA, 2017, P. 800)

Para o autor, mesmo que os requisitos objetivos para a concessão do prêmio legal estejam preenchidos, o magistrado analisará, na aplicação, os requisitos subjetivos, conforme mandamento legal.

Quanto à gravidade do delito previsto no art. 4º, § 1º, da Lei em comento, Lima (2017, p. 800-801) estabelece:

Quanto à *gravidade* do fato criminoso citada no art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, parece-nos que a gravidade *em abstracto* da infração penal não

pode ser utilizada como óbice a concessão dos prêmios legais inerentes à colaboração premiada. Ora, a gravidade da infração pela sua natureza, de *per si*, é uma circunstância inerente ao delito, funcionando, aliás, como verdadeira elementar do próprio conceito de organização criminosa. A propósito, há diversas súmulas dos Tribunais Superiores no sentido de que a gravidade *em abstrato*, de determinada infração penal não pode ser utilizada como circunstância judicial em detrimento do acusado. Todavia, demonstrada a gravidade *em concreto* do delito, seja pelo modo de agir, seja pela condição subjetiva do agente, afigura-se possível o indeferimento dos benefícios legais decorrentes da celebração do acordo de colaboração premiada

Os prêmios legais são eminentemente pessoais e, sendo de caráter pessoal, não se comunicam as circunstâncias aos outros partícipes ou coautores, como estabelece o art. 30 do Código Penal.

Porém, na prática, para alguns, tem se formulado acordos um tanto quanto questionáveis do ponto de vista legal e constitucional.

O Professor Aury Lopes Junior, em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados, no dia 21 de novembro 2017, cita alguns exemplos de ilegalidades praticadas nos acordos de colaboração, como: substituição da prisão cautelar por prisão domiciliar, quando os requisitos não estejam presentes, sendo ilegal; limitação do tempo de prisão cautelar preventiva, independente da efetividade da colaboração, em 30 dias, o que seria ilegal, pois a prisão preventiva não tem prazo máximo para ninguém, então não poderia ter neste caso; fixação do tempo máximo de cumprimento da pena, outra cláusula ilegal, pois quem decide sobre pena é Juiz, o que a lei permite é uma redução de até 2/3, de modo que o Ministério Público não pode dizer que a pena vai ser de tantos anos; cumprimento do restante da pena, qualquer que seja a quantidade em regime aberto, outra cláusula ilegal, pois a Lei estabelece um tempo máximo de pena para ser cumprida no regime aberto. No acordo de colaboração firmado entre a acusação e o doleiro Alberto Youssef, encontra-se uma cláusula que permite a utilização pelas filhas do colaborador de bens que são declaradamente produtos do crime, sendo totalmente ilegal, pois bens que são produtos de crimes devem ser sequestrados (informação verbal)⁴.

Discorda-se de algumas afirmações do Professor, precisamente na cláusula que permite a liberação dos bens para utilização pelas filhas no acordo de colaboração do citado Alberto Youssef, pois o Supremo Tribunal Federal entendeu

⁴ Depoimento do Professor Aury Lopes Junior em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados no dia 21/11/2017.

que o acordo de colaboração premiada também poderá dispor sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial. Nas palavras do Min. Dias Tóffoli (STF, Pleno, HC 127.483/PR, 27/08/2015, p. 49-50):

Aliás, se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), a fortiori, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (art. 91, II, “b”, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98)

Dessa forma, como a colaboração premiada pode resultar ainda em benefícios maiores, como o perdão judicial, não há óbice em se prever benefícios extrapenais, precisamente de natureza patrimonial, sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Surge uma outra discussão, se seria possível a fixação negociada da pena, ou a concessão de benefício não previsto em lei. Masson e Marçal (2018, p. 201-202) analisam a possibilidade:

Para uma 1.^a corrente, não se afigura adequado que o magistrado homologue cláusula de acordo de colaboração premiada que traga em benefício do colaborador prêmio não previsto em lei ou mesmo que preestabeleça o *quantum* de redução de pena a incidir em caso de eventual condenação do colaborador, o que poderia macular o princípio constitucional da individualização das penas, a cargo do juiz. Ademais, o grau de eficácia da colaboração é que indicará ao magistrado esse patamar ou, até mesmo, afastará qualquer redução (em caso de ineficácia absoluta)

Esta primeira corrente, adotada por parte da doutrina, aduz que o acordo firmado entre acusação e acusado não poderia fixar pena e nem o *quantum* de redução a ser aplicado, não podendo o magistrado homologar acordo que disponha expressamente sobre prêmio não previsto em lei, pois violaria o princípio constitucional da individualização das penas.

Diante disso, o Manual da colaboração premiada (2014, p. 8) dispôs:

Importante ressaltar que não deve o magistrado homologar propostas que tragam preestabelecido o quanto de redução de pena. De um lado, porque não incumbindo ao Ministério Público ou ao delegado de polícia proferir sentença, não podem prometer algo que não podem cumprir; de outro porque, acaso tal cláusula fosse homologada nesse momento, tal proceder

implicaria duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação e b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena. O instituto da colaboração não afasta o princípio do devido processo legal na ação penal. Ainda que possam advir reflexos favoráveis à situação do colaborador, conforme sua disposição em colaborar, a aplicação do instituto, que decorre de sentença condenatória, impõe obediência ao devido processo legal, de cognição exauriente, própria das sentenças de mérito proferidas ao final da instrução. Isso porque o colaborador pode, como em qualquer outra demanda criminal, ser absolvido (CPP, artigo 386), ter a pena reduzida em quantum inferior àquele constante no acordo, seja esse pré-processual ou não

Entendeu desta forma o Min. Ricardo Lewandowski (Pet. 7.265, 14.11.2017, p. 21-22):

Inicialmente, observo que não é lícito às partes contratantes fixar, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador [...] no entanto, como é de conhecimento geral, o Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado

O magistrado adota o posicionamento da primeira corrente, juntamente com o Min. Gilmar Mendes (STF, Pet. 7.074, 28 jun. 2017, p. 7): “sobre esse modelo, foram-se adicionando novidades, sempre estipulando pena sem prévia cominação legal, em flagrante conflito com o artigo 5º, XXXIX, da Constituição”.

Ainda neste entendimento, Canotilho e Brandão (2016) apud Masson e Marçal (2018, p. 203) cita que:

[...] é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal. [...] na verdade, o princípio da separação de poderes, que se procura garantir e efectivar através da prerrogativa de reserva de lei formal ínsita no princípio da legalidade penal, seria frontal e irremissivelmente abatido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação de sanções não previstas legalmente ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu a uma punição. É o que sucederia, por exemplo, no caso de atenuação de uma pena de prisão para lá da redução ‘em até 2/3 (dois terços)’ prevista no caput do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei

Para os constitucionalistas portugueses, J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão (2016, p. 16-38), somente será possível a concessão de prêmio legal desde

que tenham base legal, baseado no princípio da legalidade penal. A *contrario sensu*, se fosse permitida a aplicação não baseada em lei, o magistrado substituiria o legislador, configurando violação dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, temos uma 2ª corrente:

Nada obstante, uma 2.ª corrente, prevalente na práxis, defende ser possível que o acordo traga outras espécies de vantagens ao colaborador, além daquelas previstas no *caput* do art. 4º da Lei 12.850/13, desde que sejam respeitados a 'Constituição, a lei, os princípios gerais de Direito e desde que não atentem contra a moral, os bons costumes e a ordem pública'. Nessa toada, tem-se por viável a fixação de regimes mais brandos de cumprimento de pena, mesmo que os limites legais estipulados no art. 33, § 2.º, do Código Penal sejam ultrapassados ou que o crime seja de natureza hedionda. (MASSON, MARÇAL, 2018, p. 203-204)

Aos que adotam a corrente de que seriam possíveis estipular prêmios legais além dos previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13, estabelecem que as benesses não trazidas pela lei poderiam estar presente no acordo desde que fossem respeitadas a Constituição, a lei e os princípios do Estado Democrático de Direito.

Quanto à possibilidade de fixação negociada da pena, Masson e Marçal (2018, p. 204) analisam a solução, dispondo que: “em casos tais, o magistrado sentenciante fixa a *pena legal* e substitui pela *premiada*, exatamente como convencionada entre os pactuantes”.

Dessa forma, o magistrado fixaria a pena legal de acordo com o seu julgamento e, posteriormente, substituiria pela pena negociada.

Nesta direção, está o Min. Luís Roberto Barroso (STF, Pet. 7074, 29/06/2017, p. 6):

Portanto é possível prever o que já esteja de antemão escrito na lei, mas também é possível se estabelecerem condições razoáveis e legítimas, independentemente de elas estarem expressamente previstas na lei, evidentemente, desde que elas: I) não sejam vedadas pelo ordenamento jurídico; II) não agravem a situação do colaborador. Portanto, não é possível, mediante pacto em acordo de colaboração premiada, punir-se o colaborador com sanção mais grave do que aquela que o direito penal posto admitiria, isso me parece fora de dúvida. Mas fora essas duas situações - uma sanção vedada, ou totalmente contra a ordem pública, ou uma sanção que agrave a situação do colaborador em relação ao direito vigente -, eu acho que tudo o mais que tenha razoabilidade, que não seja absurdo, pode, sim, a meu ver, ser negociado, mesmo que não esteja previsto em lei, porque isso é da natureza das relações negociais

Assentada a premissa de que a colaboração premiada é um negócio jurídico, sendo um legítimo acordo, para o Min. Luís Roberto Barroso seria possível a concessão de benefícios além dos previstos em lei, desde que, cumulativamente, não sejam vedadas pelo ordenamento jurídico e não agravem a situação do colaborador, e, desde que, não se imponha sanção mais grave ao colaborador do que o direito penal brasileiro permitiria.

Neste tema, Santos (2017, p. 148) leciona:

[...] descabe, nos pactos de colaboração premiada, fixar cláusulas revocatórias da prisão cautelar (preventiva ou temporária) ou substitutivas por outras mais brandas – recolhimento domiciliar, por exemplo (art. 319, V, do CPP), condicionadas ao cumprimento do acordado. O poder de cautela é do juiz, e não do Ministério Público, logo descabe dispor do que não tem. Lícito ao *Parquet* é comprometer-se a opinar pelo afastamento da segregação, mas a decisão final, obviamente, é do Poder Judiciário, mais uma vez em homenagem à separação e à independência entre os Poderes da República – art. 2º da CRFB/88

O acordo de colaboração premiada, mesmo podendo fixar benesses não previstas em lei, não pode fixar cláusulas que revoguem a prisão cautelar, pois isto violaria a separação dos poderes, indo contra a ordem pública e a Constituição Federal.

Nesse sentido, tem-se a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (RHC 79.103/RS, 5ª Turma do STJ, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 07.04.2017): “não há relação necessária entre a celebração de acordo de colaboração e a colocação em liberdade do acusado, embora, em certos casos, tal acordo possa mitigar o risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal”.

No entanto, há entendimento de que a própria celebração do acordo poderia ser apta a revogar a prisão preventiva. Neste sentido, leciona Santos (2017, p. 149): “[...] ultimada a colaboração, desdobramento lógico, em regra, é a insubsistência da custódia, acompanhada ou não de cautelares diversas, afinal não se pode mais dizer que estaria comprometendo a instrução criminal ou frustrando a aplicação da lei penal”. (grifo do autor).

No sentido de o acordo trazer benesses além das previstas, está o Manual da colaboração premiada (2014, p. 7):

É possível também que o acordo traga outras espécies de vantagens ao colaborador, além daquelas previstas no 'caput' do art. 4º da Lei 12.850/13, desde que respeitem a Constituição, a lei, os princípios gerais de Direito, e desde que não atentem contra a moral, os bons costumes e a ordem pública

O Manual da colaboração premiada prevê possíveis benesses não previstas em lei, desde que estejam em acordo com o Estado Democrático de Direito e não configurem grave violação. O que seria plenamente possível, haja vista o magistrado, quando da homologação do acordo, analisar se os benefícios ora presentes no acordo ferem ou não a Constituição, a lei, os princípios gerais do Direito e não atentem contra a moral, os bons costumes e a ordem pública, o que, caso reste comprovada a violação, não deve homologar.

5.6.1 Sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia

Seguindo a leitura do art. 4º, da Lei 12.850/13, em seu § 3º, ele nos traz a possibilidade de sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia, ou suspensão do processo, com consequente suspensão da prescrição. Esse parágrafo permite que o prazo para oferecimento da denúncia, ou o processo em si, fique suspenso por até 6 meses, podendo ser prorrogado por igual período. A importância desta possibilidade é que, a depender do crime cometido no âmbito da organização criminosa, as informações que serão prestadas pelo colaborador nem sempre levarão a um resultado imediato, o que vai demandar um tempo para que se vislumbre um dos objetivos previstos nos incisos do art. 4º.

Quanto a essa possibilidade, Lima (2017, p. 797) explica:

Esta paralisação da persecução penal está restrita ao colaborador, não devendo abranger os demais investigados (ou acusados) para que não haja um prolongamento indevido das investigações (ou do processo). Com o sobrestamento da persecução penal, também haverá suspensão da prescrição. Logo, há necessidade de determinação judicial nesse sentido, até mesmo para que se saiba o termo *a quo* a partir de quando a prescrição foi suspensa. Com o fim do prazo de suspensão, a denúncia deverá ser oferecida pelo órgão ministerial, salvo se verificada a hipótese prevista no art. 4º, § 4º [...]

Desse modo, a paralisação estará restrita somente ao colaborador, o que, a *contrario sensu*, não irá abranger os demais investigados ou acusados.

Masson e Marçal (2018, p. 230) analisam a finalidade desta medida:

Como se sabe, a depender da espécie de infrações penais praticadas pela organização criminosa, de seu grau de estruturação e de suas ramificações, difícil será que as informações fornecidas pelo colaborador levem, de imediato, ao alcance de, ao menos, um dos resultados indicados nos incisos do art. 4.º da LCO.

Assim, a fim de que possa a Justiça aferir a fidedignidade das informações prestadas pelo colaborador e, sobretudo, a eficácia da colaboração – sem a qual não há falar em prêmio – permite a lei que o prazo para oferecimento de denúncia (ou até mesmo o processo, na hipótese de denúncia já ofertada) e o curso do prazo prescricional, em relação ao colaborador, sejam suspensos por até seis meses, prorrogáveis por igual período, ‘até que sejam cumpridas as medidas de colaboração’

Para os autores (2018, p. 230), a finalidade foi que, diante de colaboração na qual o resultado se mostrará somente posteriormente, em que não serão alcançados nenhum dos objetivos previstos em lei de imediato, surge a possibilidade de que o prazo para oferecimento da denúncia, ou o processo, sejam suspensos.

Esta hipótese não parece ser um prêmio legal, mas sim uma medida que o Ministério Público tenha como apoio no âmbito das colaborações.

Quando o caso concreto necessitar de um período para melhor colheita da comprovação do cumprimento das medidas do acordo, deverá o Ministério Público requerer em juízo a suspensão do prazo para oferecimento da denúncia (ou o próprio processo). Deferido o pedido pelo juiz, haverá a suspensão também do prazo prescricional, em que o termo *a quo* será o provimento judicial.

O motivo para o legislador estabelecer no art. 4º, § 3º, da Lei 12.850/13, conforme Santos (2017, p. 158): “muitas vezes os frutos da delação não são conhecidos prontamente, e sim, após algum tempo, a depender do resultado das diligências probatórias que se fizerem necessárias”.

E, quanto ao procedimento adotado para suspensão, leciona:

Como a suspensão compreende não só o prazo para o oferecimento da denúncia, mas também o prescricional, desafia controle jurisdicional – cabe ao Ministério Público, na qualidade de titular privativo da ação penal pública, encaminhar o pedido à apreciação do juízo competente, que deve ater-se à necessidade (ou não) de alongar a investigação, por conta da colaboração encetada, e não à oportunidade e conveniência da suspensão da

prescrição, mesmo porque esta última decorre de lei, sendo consequência da primeira. (SANTOS, 2017, p. 159)

Com efeito, caso o juiz não concorde e indefira o pedido, deve-se empregar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo-se os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que poderá “(a) a designação de outro membro do *Parquet* para o imediato oferecimento da denúncia; (b) aderir o entendimento do Promotor de Justiça e insistir na suspensão do prazo (ou prorrogação) [...]” (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 231).

O que intriga a doutrina é, caso o juiz, indeferindo o pedido, não aplique o art. 28 do Código de Processo Penal, qual seria o recurso correto a ser interposto. Masson e Marçal (2018, p. 231) aderem à possibilidade de recurso em sentido estrito, com base no art. 581, inc. XVI, do CPP, por analogia. De maneira alternativa, admitem a interposição da correição parcial, admitida pelo STJ, e, para tanto, sustentam a incidência do princípio da fungibilidade recursal.

Santos (2017, p. 160) discorda, a saber:

Não podemos endossar essas conclusões. Segundo já advertido, o rol do art. 581 do CPP é *numerus clausus*, a exigir interpretação restritiva. Mostra-se viável compreender, nos incisos, decisões que sejam variantes daquelas lá contempladas, presente a identidade ontológica, mas não criar novas, sem qualquer respaldo legal prévio. O inciso XVI versa sobre decisões que suspendem o processo por força de questão prejudicial, logo descabe disponibilizar o recurso em sentido estrito contra uma decisão que nada tem de prejudicial, situada em uma fase ainda pré-processual, e que não suspende persecução alguma. A via impugnativa adequada é a correição parcial ou a reclamação, não justificando, minimamente, a incidência do princípio da fungibilidade recursal (art. 579 do CPP)

Para o autor, o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, XVI, do Código de Processo Penal, versa sobre matéria diversa da decisão que indefere o pedido sem remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Por isso, não seria adequada a sua interposição nem mesmo por analogia. Logo, a via impugnativa seria a correição parcial ou a reclamação.

A discussão doutrinária surge no caso de o indivíduo estar preso: o prazo para oferecimento da denúncia (ou processo) poderá ser suspenso da mesma forma? Encontrou-se esta resposta na obra de Masson e Marçal (2018, p. 232) que aduzem:

Nesse caso, temos por absolutamente descabida a suspensão (e, logicamente, a prorrogação), porquanto haveria um elasticamento desproporcional da prisão provisória do investigado/réu que se despiria da imprescindível cautelaridade e das condicionantes previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, mola propulsora de toda prisão cautelar

Sendo assim, a solução seria o juiz colocar o indivíduo em liberdade, para, a partir daí, suspender o processo ou o prazo para oferecimento da denúncia.

Quanto ao indivíduo estar preso cautelarmente, Santos (2017, p. 160-161), analisa:

A circunstância de o colaborador encontrar-se cautelarmente preso é, em princípio, um obstáculo à prorrogação das investigações, pois fatalmente extrapolar-se-ia o prazo para conclusão do inquérito, exceto se fosse colocado em liberdade. No entanto, priorizando-se a denúncia, o sigilo da colaboração cairia por terra, nos moldes do §3º do art. 7º da Lei nº 12.850/13, reduzindo, significativamente, as chances de o Estado reunir provas ratificadoras das informações prestadas pelo delator, sem as quais não seria premiado. Tem-se, aparentemente, verdadeira escolha de Sofia, mas só na aparência, pois a solução à questão não é traumática. (grifo nosso)

Conforme o § 3º, do art. 7º, da Lei 12.850/13, estabelece, o acordo de colaboração deixará de ser sigiloso assim que recebida a denúncia. Portanto, a decisão se mostra um tanto quanto difícil, pois, deixando de ser sigiloso, poderá ser prejudicial aos órgãos de persecução penal, já que reduziria as chances de obter êxito nas informações prestadas pelo colaborador. Dessa forma, a solução menos prejudicial seria colocar o indivíduo em liberdade, para, então, suspender o prazo para oferecimento da denúncia. Com efeito, caso o pedido seja formulado com o investigado preso, caberá ao magistrado decidir. Poderá aplicar a suspensão e relaxar a prisão, impondo (ou não) outras medidas cautelares a pedido do Ministério Público, ou, entendendo não ser cabível, indeferir e remeter os autos na forma do art. 28 do Código de Processo Penal.

6 O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Sendo um verdadeiro acordo, com sua natureza também de negócio jurídico processual, seu objeto deve ser lícito, possível e determinado. As cláusulas do acordo devem estar em consonância com a legalidade. Bem como deverá ser proposto por parte legítima, posteriormente havendo sua formalização escrita, haver sido homologado judicialmente e, para que o investigado (ou acusado) receba os prêmios legais, sua colaboração deverá ser efetiva e voluntária.

Como se viu, até pouco tempo não havia nenhum dispositivo que cuidasse expressamente da formalização do acordo de colaboração premiada, o que passou a ser previsto com o advento da Lei nº 12.850/13. Os acordos de colaboração, antes do advento da Lei, eram feitos de forma informal.

Como caracteriza Lima (2018, p. 733-734):

[...] a colaboração premiada era feita verbal e informalmente com o investigado, que passar a ter, então, mera expectativa de premiação se acaso as informações por ele repassadas aos órgãos de persecução penal fossem objetivamente eficazes para atingir um dos objetivos listados nos diversos dispositivos legais que cuidam da matéria.

Por mais que a existência desse acordo não seja condição *sine qua non* para a concessão dos prêmios legais decorrentes da colaboração premiada, sua celebração é de fundamental importância para a própria eficácia do instituto. Afinal, a lavratura desse pacto entre acusação e defesa confere mais segurança e garantias ao acusado, que não ficará apenas com uma expectativa de direito, que, ausente o acordo, poderia ou não ser reconhecida pelo magistrado

O que se tinha anteriormente eram acordos realizados de forma verbal e informalmente, pois carecia o sistema de dispositivo que cuidasse expressamente da colaboração premiada. Desta forma, o colaborador tinha somente uma expectativa de direitos, de modo que o magistrado poderia ou não reconhecer sua colaboração e lhe conceder o prêmio legal decorrente. A partir da vigência da Lei de Organizações Criminosas, passa-se a ter maior segurança para o colaborador e, conseqüentemente, para a eficácia do instituto, pois a lavratura do termo conferirá garantias ao colaborador, que não terá mais apenas uma expectativa de receber o prêmio.

6.1 Legitimidade para Propor o Acordo

A colaboração premiada pressupõe um acordo entre acusação e acusado que posteriormente será homologado pelo órgão jurisdicional.

O art. 4º, § 2º, da Lei nº 12.850/13, deixa claro, ao dispor sobre a representação para concessão do perdão judicial, que o acordo poderá ser formulado tanto entre o Ministério Público e o acusado (ou investigado), quanto entre o Delegado de Polícia e o investigado, apenas com a manifestação do Ministério Público. Mas é no art. 4º, § 6º, do diploma legal, que se extrai esta possibilidade de a autoridade policial realizar o acordo. É o que dispõe o art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/13:

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

[...]

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

[...]

§ 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. (grifo nosso)

Percebe-se, a partir da análise do parágrafo, que o Delegado de Polícia é legitimado para propor o acordo de colaboração, sendo assegurada a presença do defensor do investigado. O Ministério Público, conforme a letra da lei, apenas se manifestará.

A questão, quanto ao art. 4º, § 2º, seria se o Delegado de Polícia poderia mesmo requerer a concessão do perdão judicial, ou se isso seria inconstitucional por violação ao art. 129, I, da Constituição Federal.

Desse modo, tanto o Delegado de Polícia, durante o inquérito policial, quanto o Ministério Público, a qualquer tempo, poderão realizar as tratativas para o

acordo de colaboração premiada, em que, apenas no caso da autoridade policial, o Ministério Público irá se manifestar acerca desta possibilidade.

Para Mendroni (2016, p. 155), a legitimidade do Delegado de Polícia para propor o acordo é importantíssima do ponto de vista da eficiência do instituto, pois terão ocasiões de situações de urgência, em que a demora da submissão do acordo ao Ministério Público poderia comprometer o resultado útil que se quer alcançar.

No entanto, a possibilidade de o Delegado de Polícia realizar o acordo de colaboração premiada está repleta de críticas e indicações de procedibilidade.

Lima (2017, p. 806) reflete sobre esta possibilidade:

[...] por mais que a autoridade policial possa *sugerir* ao investigado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia tenha legitimidade ativa para firmar tais acordos com uma simples manifestação do Ministério Público. Por mais que a Lei nº 12.850/13 faça referências à *manifestação do Ministério Público* nas hipóteses em que o acordo de colaboração premiada for ‘firmado pelo Delegado de Polícia’ esta simples *manifestação* não tem o condão de validar o acordo celebrado exclusivamente pela autoridade policial. Isso porque a Lei nº 12.850/13 não define bem o que seria essa *manifestação*, que, amanhã, poderia ser interpretada como um simples *parecer ministerial*, dando ensejo, assim, à celebração de um acordo de colaboração premiada pela autoridade policial ainda que o órgão ministerial discordasse dos termos pactuados. (grifo nosso)

Para o autor (2017, p. 806), o Delegado de Polícia poderá tão somente sugerir ao investigado a celebração do acordo, mas não se pode concluir que este tem legitimidade ativa para firmar o mesmo.

Já para Costa (2017, p. 116): “[...] observando que a manifestação do Ministério Público, prevista no art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13, deve ser verdadeira ratificação, sem a qual, o acordo não poderá ser homologado pelo juízo”.

Com efeito, Pacelli (2017, p. 868) aduz do porquê a autoridade policial não deve ter legitimidade para realizar o acordo:

Não se há de aceitar mesmo a legitimidade ativa declinada na Lei nº 12.850/13, também porque: a) o acordo de colaboração premiada tem inegável natureza processual, a ser homologado por decisão judicial, que somente tem lugar a partir da manifestação daqueles que tenham legitimidade ativa para o processo judicial; b) o fato de poder ser realizado antes do processo propriamente dito, isto é, antes do oferecimento da acusação, não descaracteriza sua natureza processual, na medida em que a decisão judicial sobre o acordo está *vinculada* e também vincula a sentença definitiva, quando condenatória; c) a condição de *parte* processual está vinculada à capacidade e à titularidade para a defesa dos interesses

objeto do processo. É dizer, a legitimação ativa está condicionada à possibilidade da ampla tutela dos interesses atribuídos ao titular processual, o que, evidentemente, não é o caso do delegado de polícia, que não pode oferecer denúncia e nem propor suspensão condicional do processo; d) o acordo de colaboração, tendo previsão em *lei* e não na Constituição da República, não poderia e não pode impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, independentemente de qualquer ajuste feito pelo delegado de polícia e o réu; e) para a propositura do acordo de colaboração é necessário um juízo prévio acerca da valoração jurídico-penal dos fatos, bem como das respectivas responsabilidades penais, o que, como se sabe, constitui prerrogativa do Ministério Público, segundo o disposto no art. 129, I, CF; f) a eficácia do acordo de colaboração está vinculada não só aos resultados úteis previstos em lei, mas também à sentença condenatória contra o colaborador, o que dependerá de ação penal proposta pelo Ministério Público

O autor (2017, p. 868) enumera diversas causas que seriam contrárias à legitimidade do Delegado de Polícia para proposição do acordo de colaboração premiada, de forma que considera inconstitucional a possibilidade da legitimidade ativa do delegado de polícia para a realização do acordo.

Por fim, Pacelli (2017, p. 869) conclui:

Por todas essas considerações, não nos parece aceitável a possibilidade de propositura e de formalização de acordo de colaboração pelo delegado de polícia, não se podendo aceitar, então, que o juiz decida por homologação um ajuste com tais características.

Ou bem se admite a inconstitucionalidade de tais normas, ou, se for possível aceitar a validade da atuação policial na colaboração premiada, que esteja ela condicionada à manifestação favorável do Ministério Público, caso em que o acordo, naturalmente, teria como parte legítima o parquet e não o delegado de polícia. (grifo nosso).

Em síntese, não se admitindo a inconstitucionalidade de tais normas, o autor (2017, p. 869) coaduna no sentido de, caso a propositura e formalização do acordo de colaboração premiada se dê por iniciativa do Delegado de Polícia, que esteja este condicionado a uma manifestação favorável do membro do Ministério Público. Ainda, aduz que, neste caso, o acordo terá como parte legítima o *Parquet*. Para o autor, a simples manifestação do Ministério Público não seria condição de suprir a inconstitucionalidade da norma, devendo “que essa manifestação seja favorável, caso em que o Ministério Público é que será, e sempre, o legitimado para a submissão da matéria ao juiz. Apenas ele detém capacidade postulatória e legitimação para atos de definição judicial da persecução em juízo” (PACELLI, 2017, p. 874).

Dessa forma, a doutrina vê, com certas restrições, a possibilidade de a autoridade policial realizar o acordo de colaboração premiada apenas com a manifestação do Ministério Público, de modo que não seria possível o Delegado de Polícia realizar o acordo, mas sim tão somente sugerir a sua possibilidade. De outra parte, estabelece que a manifestação do *Parquet* deverá ter o condão de verdadeira ratificação favorável para que o acordo possa ser homologado.

Pereira (2016, p. 144) conclui que:

[...] é irrefutável concluir que na prática, a autoridade policial somente poderá iniciar as tratativas direcionadas a verificar o interesse na colaboração, e, em seguida, representar ao membro do MP para que conduza a formalização do acordo e encaminhe a postulação, isolada ou conjuntamente com o colaborador, ao juiz, para fins de homologação, ainda que o acerto se realize na fase de inquérito policial

Existem autores que realizam uma interpretação do art. 4º, § 6º, de que deve haver uma verdadeira concordância e não somente manifestação “[...] pois deve sim haver concordância pelo membro do Ministério Público com os termos do acordo celebrado entre autoridade policial e colaborador, e não um mero parecer sem caráter vinculativo do *Parquet*”. (GOMES; SILVA, 2015, p. 301). Então, seria o Delegado de Polícia legitimado, desde que haja concordância favorável por parte o Ministério Público.

Lima (2017, p. 806-807) faz uma análise conjunta do art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/13, com a Constituição Federal:

Se é verdade que a autoridade policial tem interesse em obter informações relevantes acerca do funcionamento da organização criminosa, através dessa importante técnica especial de investigação, é inconcebível que um acordo de colaboração premiada seja celebrado sem a necessária interveniência do titular da ação penal pública. Quanto a Constituição Federal outorga ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (art. 129, I) também confere a ele, com exclusividade, o juízo de viabilidade da persecução penal através da valoração jurídico-penal dos fatos que tenham ou possam ter qualificação criminal. Destarte, diante da possibilidade de o prêmio legal acordado com o investigado repercutir diretamente na pretensão punitiva do Estado (v.g., perdão judicial), não se pode admitir a lavratura de um acordo de colaboração premiada sem a necessária e cogente intervenção do Ministério Público como parte principal, e não por meio de uma simples *manifestação*

Outra parte da doutrina alega a inconstitucionalidade do dispositivo. Assim, Silva (2015, p. 60-61):

Daí porque a lei é inconstitucional ao conferir tal poder ao delegado de polícia, via acordo com o colaborador, ainda que preveja a necessidade de parecer do Ministério Público e homologação judicial, pois não pode dispor de atividade que não lhe pertence, ou seja, a busca da imposição penal em juízo, vinculando o entendimento do órgão responsável pela acusação

Para o autor (2015, p. 60-61), tal possibilidade seria inconstitucional, pois violaria o art. 129, I, da Constituição Federal, que traz como função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública e, conseqüentemente, o juízo de viabilidade da persecução penal.

Ainda nesse sentido, Silva (2015, p. 61) aduz que:

Na prática, pois, deverá a autoridade policial representar para que o Ministério Público realize o acordo, ouvindo o colaborador e seu defensor, e em seguida encaminhe os autos ao juiz para fins de homologação. Embora temerária a ausência de prévio contato com o colaborador e seu defensor, nada impede que, concordando com os termos do acordo, o representante responsável pelo *jus perseguendi in judicio* ratifique a proposta formulada pela autoridade policial.

Aliás, se persistir a sistemática legal, corre-se o risco de eventualmente o Ministério Público manifestar-se contrário ao acordo promovido pelo delegado de polícia e o juiz, por sua vez, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de o delegado de polícia vincular a disponibilidade quanto à aplicação da sanção penal ou ao exercício do *jus puniendi* estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria em manifesto cerceamento das funções acusatórias em juízo

Dessa forma, como dito, se fosse o Delegado de Polícia legitimado a propor o acordo tão somente com a manifestação do Ministério Público, que discordasse, e mesmo assim o juiz homologasse, haveria violação da Constituição da República, pois a autoridade policial estaria vinculando o Ministério Público à disponibilidade da sanção penal.

Neste sentido, afirma-se que, não sendo a norma inconstitucional, deve o acordo de colaboração premiada, firmado entre o Delegado de Polícia e o investigado, estar condicionado à ratificação e manifestação favorável do Ministério Público, caso em que, somente desta forma, poderá o juiz homologá-lo.

Com esse posicionamento, o então Procurador-Geral da República, à época, Rodrigo Janot, apresentou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508, questionando a constitucionalidade dos dispositivos que

atribuíam à autoridade policial a legitimidade para proposta do acordo de colaboração premiada, precisamente o art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/13, dizendo que:

Os trechos impugnados da lei, ao atribuírem a delegados de polícia iniciativa de acordos de colaboração premiada, contrariam o devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, LIV), o princípio da moralidade (art. 37, *caput*), o princípio acusatório, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (art. 129, I), a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (art. 129, § 2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública (art. 144, especialmente os §§ 1º e 4º). (ADI 5.508, 2016, p. 4-5)

O então Procurador-Geral da República alegava que a possibilidade de o Delegado de Polícia ter legitimidade ativa para com o acordo de colaboração premiada violava diversos dispositivos da Constituição Federal.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, que teve como Relator o Min. Marcos Aurélio, começou a ser julgada dia 13 de dezembro de 2017 e foi julgada improcedente no dia 20 de junho de 2018, tendo a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido, assentado a constitucionalidade do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13. Vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar o Relator, os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. (STF, ADI 5508, Plenário, 20.6.2018)

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade dos dispositivos § 2º e § 6º, do art. 4º, da Lei 12.850/13, sendo legitimado para propor o acordo o Delegado de Polícia.

Em posicionamento diverso, estão os autores Masson e Marçal (2018, p. 214-215), a saber:

Perfilhamos essa orientação não por conveniência corporativista, mas por se ela a única compatível com o sistema acusatório agasalhado na Carta Republicana de 1988. Para ficarmos apenas em um exemplo, seria de todo estranho e, obviamente, inconstitucional, que o delegado de polícia, à revelia do Ministério Público, entabulasse com o investigado um pacto premial fixando em benefício do colaborador o prêmio máximo previsto em lei, qual seja: o não oferecimento de denúncia (LCO, art. 4.º, § 4.º). A toda evidência, um acordo de imunidade desse jaez feriria de morte o art. 129, inc. I, da Constituição, onde está dito com todas as letras que, dentre outras, é função institucional do Ministério Público 'promover,

privativamente, a ação penal pública'. Se assim é, como admitir que outra instituição barganhe com aquilo que não lhe pertence?

Para os autores (2018, p. 214-215), a legitimidade ativa privativa do Ministério Público é a única compatível com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal. Ainda cita o exemplo, que seria um tanto quanto, por óbvio, inconstitucional, que o Delegado de Polícia realizasse acordo tendo por prêmio legal o não oferecimento da denúncia, à revelia do *Parquet*.

Para outra parcela da doutrina, a alegação de que os dispositivos são inconstitucionais é exagerada. Dessa forma, Santos (2017 p. 136) leciona:

A cooperação premiada teria raiz negocial idêntica à transação penal e à suspensão condicional do processo. Se a iniciativa para propô-las é privativa do *Parquet*, enquanto titular privativo da ação penal pública (art. 129, I, da CRFB/88), não haveria de ser diferente no caso da colaboração. A alegada inconstitucionalidade desses dispositivos é exagerada. Conferir aos delegados legitimidade para celebrar acordos de cooperação premiada soa impróprio, quiçá extravagante, porquanto não atuam no processo. Mas, a previsão, nesses casos, de subsequente abertura de vista ao Ministério Público para ciência e pronunciamento decorre de a titularidade da ação penal pública, ser-lhe privativa, alinhando-se ao preceituado no inciso I do art. 129 da CRFB/88, o que é suficiente à constitucionalidade dos mencionados §§2º e 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/13

Santos (2017, p. 136) preconiza que a subsequente abertura de vista ao Ministério Público seria suficiente para os dispositivos serem constitucionais. No entanto, o posicionamento mais adequado parece de que a sua manifestação deverá ser favorável e ter o verdadeiro sentido de ratificação.

O entendimento que parece mais razoável seria o de que o Delegado de Polícia tem legitimidade ativa para propor o acordo de colaboração premiada. No entanto, este acordo deverá ser ratificado pelo Ministério Público, demonstrando a sua concordância com os termos pactuados, para que possa ser homologado pelo juiz.

Santos (2017, p. 138) ainda aduz que:

O encaminhamento do pacto à chancela jurisdicional não alça a autoridade policial à posição de sujeito processual, mesmo porque encampada pelo imputado e seu defensor, esses, sim, atores do processo, não tendo o delegado qualquer influência na concessão, ou não, do prêmio. Se obtidos os resultados previstos em lei, em decorrência das informações disponibilizadas, o prêmio é consequência legal, restando ao juiz implementá-la. A autoridade policial continua estranha ao processo

Posto isso, é necessária a concordância e ratificação do membro do Ministério Público para que o acordo possa ser homologado e surta efeitos.

Corroborando este entendimento, Masson e Marçal (2018, p. 215):

O magistrado não poderá homologar o acordo firmado com o investigado exclusivamente pelo delegado de polícia. Entrementes, se assim o fizer, caberá ao *Parquet* impugnar a decisão, via recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, VIII) ou mandado de segurança

O posicionamento da doutrina que vem prevalecendo é de que o Delegado de Polícia, individualmente, não tem legitimidade ativa para realizar o acordo de colaboração premiada, pois o mesmo terá reflexos no âmbito da pretensão punitiva do Estado, o que poderia vir a impedir posteriormente o exercício da ação penal por parte do Ministério Público. Será necessário que o Ministério Público intervenha, não apenas para se manifestar, mas para realizar verdadeira ratificação favorável do acordo, desde que concorde com seus termos e, posteriormente, submeter ao juízo para homologação. Dessa forma, caso o Ministério Público não concorde com os termos do acordo, a autoridade policial ou o juiz devem devolver a questão ao Procurador-Geral, como previsto no art. 4º, § 2º, que aduz que se aplica o art. 28 do Código de Processo Penal no que couber.

Quanto à aplicação “no que couber” do art. 28 do Código de Processo Penal, Pacelli (2017, p. 868) questiona:

Acaso seria que, na hipótese de discordância do Ministério Público com o acordo proposto pelo delegado de polícia, os autos deveriam ser submetidos ao controle de revisão na própria instituição ministerial? Se essa foi a intenção legislativa, seria ainda mais bizarra a solução, a estabelecer um conflito de atribuições entre o *parquet* e a autoridade policial. E mais. Nesse caso, a lei deveria se referir à aplicação por analogia do art. 28, CPP, e não apenas *no que couber*, como consta do texto, já que não se sabe onde caberia referida aplicação

A aplicação, por analogia, do artigo 28 do Código de Processo Penal deveria ser dar inteiramente e não somente no que couber, pois, nas palavras do autor (2017, p. 868): “não se sabe onde caberia referida aplicação”.

Masson e Marçal (2018, p. 217-218) estabelecem seu entendimento à remissão do art. 4º, § 2º, *in fine*:

Para nós, a aplicação prática do § 2.º do art. 4.º pressupõe prévio acordo de colaboração premiada e fixação de prêmio diverso do perdão judicial. Nesse

caso, após a homologação da avença 'e considerando a relevância da colaboração prestada' na fase investigatória, se o delegado de polícia vier a representar pelo perdão judicial – numa espécie de retificação do benefício fixado a *menor* –, serão os autos entregues ao Ministério Público para manifestação. Se o MP, à vista de representação, discordar da sugestão policial e deixar de requerer o perdão judicial, o magistrado poderá simplesmente concordar com o MP e refutar a representação ou, numa espécie de sindicalidade exógena, remeter a matéria para a deliberação do Procurador-Geral de Justiça. Este, por sua vez, poderá: a) concordar com o Promotor de Justiça e deixar de requerer o perdão (rejeitando a retificação do benefício previamente acordado); b) designar outro membro do *Parquet* para postulá-lo; c) encampar a sugestão policial e pugnar pelo perdão. Na primeira hipótese ('a'), estaria definitivamente afastada a possibilidade de concessão do perdão judicial, porquanto ratificada a pactuação original. Nas demais ('b' e 'c'), restaria ao magistrado analisar o pedido

Posto isso, o acordo de colaboração premiada, o qual o Ministério Público tem legitimidade exclusiva durante a fase processual para realizar todas as tratativas, trata-se de uma faculdade, não sendo um direito subjetivo do acusado (ou investigado), de modo que quem analisará a conveniência do instituto ao caso concreto é o membro do Ministério Público, ou Delegado de Polícia nos autos do inquérito policial, o que conforme vimos, causa divergências.

O acordo de colaboração premiada, sendo firmado pela autoridade policial com posterior ratificação do Ministério Público, ou entre o próprio Ministério Público e o acusado, investigado ou condenado, deve seguir o princípio da legalidade em todas as fases do acordo, sendo que este princípio tem o condão de assegurar as garantias constitucionais.

O acordo também traz uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade ao qual está inserido o Ministério Público, que se trata de um mandamento ao qual o órgão está obrigado a oferecer denúncia nos casos de ação penal pública, não havendo qualquer critério de oportunidade ou conveniência. Essa mitigação da obrigatoriedade da ação penal fica evidente quando a Lei nº 12.850/13 dispõe acerca do não oferecimento da denúncia, em seu art. 4º, § 4º. No entanto, essa oportunidade dada ao Ministério Público deverá estar sempre pautada pela legalidade, ou seja, admite-se que realize um juízo de discricionariedade, desde que esteja pautado em critérios definidos pela Lei.

Como observa Costa (2017, p. 114):

O acordo entre acusação e acusado para fins de cooperação com a produção de provas configura uma relativização ou, no caso do não oferecimento da denúncia, uma verdadeira exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em todo caso, jamais se afasta o princípio

da legalidade, o qual se impõe a necessária observância do procedimento em todas as fases do acordo

Posto isso, todos os atos realizados por parte do membro do Ministério Público, ou, se for o caso, a autoridade policial, devem estar pautados na legalidade, posto que, se não fosse assim, haveria uma violação às garantias constitucionais que a Constituição Federal estabelece.

6.2 O Termo do Acordo de Colaboração Premiada

A Lei nº 12.850/13 disciplinou expressamente, em seu art. 6º, o que estará inserido no termo do acordo da colaboração premiada. Existe parte da doutrina que estabelece que este regramento deverá ser utilizado, por analogia, também para as outras formas de colaboração premiada previstas em Leis específicas.

Anteriormente ao diploma legal citado, como se sabe, os acordos de colaboração premiada eram realizados de forma verbal e informal, em que o investigado (ou acusado) tinha somente uma expectativa de receber os prêmios legais, caso a sua colaboração fosse eficaz, o que conferia uma insegurança ao instituto. A Lei 12.850/13, ao dispor expressamente o que deve ser inserido na formulação do acordo, conferiu maior segurança jurídica ao instituto em si e ao colaborador.

Corroborando com o pensamento, estão Masson e Marçal (2018, p. 233):

Em nossa ótica, a formalização do acordo de colaboração premiada e a sua homologação judicial conferem mais segurança jurídica às partes – sobretudo ao colaborador – e transparência ao jurisdicionado, daí por que julgamos acertada a opção legislativa pela formalização escrita da avença

A colaboração premiada poderá ser realizada em uma fase pré-processual, conforme o art. 4º, § 2º, em fase investigativa. Esta fase é importante e deve ser utilizada também como uma estratégia da defesa, já que somente nesta parte é que Ministério Público poderá abrir mão da ação penal, conferindo uma verdadeira imunidade processual ao colaborador, pois o princípio da obrigatoriedade foi mitigado expressamente. De toda sorte que, se já tiver iniciado a ação penal, não

poderá dispor dela, pois o princípio da indisponibilidade ao qual está sujeito o Ministério Público não foi relativizado pela Lei das Organizações Criminosas.

A colaboração premiada também poderá ser realizada durante a fase processual propriamente dita, ou seja, durante o curso da ação penal, na qual o acusado que está respondendo a ação penal poderá manifestar o seu desejo de realizar um acordo de colaboração.

É o que dispõe o Manual de Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e à Lavagem de dinheiro, o ENCCLA (2014, p. 14-15):

Na colaboração intercorrente, na qual o agente opta por colaborar na fase judicial, acaso se apresente uma manifestação de vontade de colaborar que vá além da mera confissão, pretendendo o denunciado alcançar os benefícios do prêmio mediante a revelação de situações expressivas do ponto de vista investigativo, o julgador deve colher a manifestação do Ministério Público acerca da necessidade e do interesse no acordo. Verificado o interesse, suspenderá o processo/audiência a fim de oportunizar a celebração do termo de acordo

Segundo o ENCCLA (2014, p. 14-15), o juiz deve notificar o membro do Ministério Público para que realize o acordo, caso tenha interesse, verificando a sua utilidade e necessidade para o caso concreto. Havendo interesse, o magistrado suspenderá o processo para que se realize a celebração do mesmo.

Por fim, a colaboração premiada poderá ser realizada posteriormente à sentença condenatória, o que se extrai do art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13, que será processada perante o Tribunal, se na fase recursal, ou perante o juízo das execuções penais, se já tiver transitado em julgado a decisão.

Segundo, novamente, afirma Silva (2015, p. 66), a realizar uma comparação da colaboração firmada nesta fase com a Itália:

[...] segundo a experiência italiana, é nessa fase que é realizada a maioria dos acordos de colaboração premiada, pois o colaborador já tem sua situação processual definida. Muitos condenados por associação do tipo mafioso realizaram acordos permutando a prisão perpétua por penas de prisão de até 30 anos, com direito a benefícios. Porém, se de um lado aumenta a possibilidade de acordos frutíferos, de outro aumenta proporcionalmente a previsão de acordos falsos ou não dotados de eficácia

Desta forma, o Ministério Público deverá analisar, com cautela, a eficácia da colaboração premiada realizada nesta fase, pois o acusado poderá se valer de artimanhas para melhorar a sua própria situação.

Para Lima (2017, p. 804), ao escrever sobre o procedimento para realização do acordo:

Por mais que a existência desse acordo não seja condição *sine qua non* para a concessão dos prêmios legais decorrentes da colaboração premiada, sua celebração é de fundamental importância para a própria eficácia do instituto. Afinal, a lavratura desse pacto entre acusação e defesa confere mais segurança e garantias ao acusado, que não ficará apenas com uma expectativa de direito, que, ausente o acordo, poderia ou não ser reconhecida pelo magistrado. Ainda que esse acordo de colaboração premiada não tenha sido formalizado durante o curso da fase investigatória, é perfeitamente possível que o Ministério Público, por ocasião do oferecimento da peça acusatória, formule proposta de colaboração premiada a um dos denunciados, com requerimento de sua oitiva (e da defesa técnica), com subsequente apreciação pelo juiz

A existência de disposição expressa da Lei nº 12.850/13, aos termos do acordo e sua formalização, conferiu maior segurança ao colaborador, mas também maior validade ao instituto da colaboração premiada, visto que o que se tinha, anteriormente à Lei das Organizações Criminosas, eram apenas acordos informais, realizados de forma verbal, pelos quais o colaborador tinha somente uma expectativa de receber os prêmios legais decorrentes de sua colaboração. Nas palavras do autor (2017, p. 804), a existência do acordo não é *conditio sine qua non* para a concessão dos prêmios legais decorrentes dela, mas a sua celebração é importante e garante maior segurança jurídica.

Existe uma parcela da doutrina que compreende que o acordo é *conditio sine qua non* para a obtenção de qualquer prêmio legal no âmbito da Lei nº 12.850/13, de modo que, sem o pacto, poderá haver somente a atenuante da confissão espontânea, mas não os prêmios legais definidos na lei.

Em posicionamento contrário, Santos (2017, p. 166): “a celebração e a homologação do acordo conferem ao imputado uma expectativa mais concreta ao prêmio, não consubstanciando *conditio sine qua non* à sua concessão”.

Como negócio jurídico processual que é, o acordo terá início a partir das tratativas entre o Ministério Público (ou, se for o caso, o Delegado de Polícia) e o acusado, sempre na presença de seu defensor, os quais definirão qual o seu conteúdo, objetivos do acordo e benefícios aos quais está sujeito o colaborador, definindo também as obrigações de ambas as partes.

Conforme Costa (2017, p. 144), nesta fase negocial: é “importante salientar que o colaborador apenas indicará com quais informações pretende contribuir, sem, no entanto, revelar o conteúdo completo de sua colaboração”.

Conforme o disposto no art. 6º, da Lei nº 12.850/13, o termo do acordo de colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I – O relato da colaboração e seus possíveis resultados:

Pode-se ver uma ligação entre este inciso I e o art. 4º, § 1º, da Lei, pois há uma preocupação por parte do legislador com a eficácia do acordo, o que é um dos pressupostos legais para a validade daquele. Com isso, este inciso tem o condão de avaliar a relevância e eficácia da colaboração do acusado (ou investigado), com um breve relato das informações que por ele foram passadas.

Para Lima (2017, p. 804): “o dispositivo legal sob comento faz referência aos *possíveis resultados* porquanto a eficácia objetiva das informações por ele repassadas deverá ser confirmada pelo magistrado, pelo menos em regra [...]”.

Quanto às informações prestadas pelo colaborador com a finalidade de atingir um ou mais dos resultados, para que seja possível a concessão dos benefícios legais, Costa (2017, p. 151) aduz: “é importante que os atos de colaboração estejam vinculados diretamente aos objetivos firmados no termo do acordo. O colaborador não pode ser constrangido a cooperar para além daquilo que foi pactuado e homologado pelo juízo”.

O inciso em comento também prevê uma ligação com o art. 4º, § 11, da citada Lei, pois dispõe que “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

II – As condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia:

O acordo deverá indicar expressamente quais os benefícios que o colaborador terá com o atingimento de um dos objetivos do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, pois existe uma diversificação de prêmios legais, os quais deverão ser expressamente descritos nos termos do acordo de colaboração premiada. Também será levado em conta a fase em que o acordo é celebrado, pois os prêmios legais serão diferentes. Se posterior à sentença, poderá ter a diminuição de até metade da pena ou a progressão de regime, ainda que ausente os requisitos objetivos. Se firmado na fase processual, diminuição de até 2/3 (dois terços) da pena, substituição

da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e até mesmo o perdão judicial. Por fim, se na fase pré-processual, poderá ser beneficiado com o não oferecimento da denúncia.

III – A declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor:

A voluntariedade do colaborador é protegida pelo instituto da colaboração premiada tratando-se de pressuposto dela, de modo que, consoante o disposto no art. 4º, § 7º, a voluntariedade é condição para a sua homologação pelo juízo. A aceitação do colaborador não deve deixar dúvidas quanto aos termos do acordo, tanto que o art. 4º, § 15, da Lei em comento, aduz que em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor, sendo necessária, para validação do acordo, a anuência também por parte do defensor do pretense colaborador.

IV – As assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor:

O acordo de colaboração deverá ser assinado pelo membro do Ministério Público (ou delegado de polícia), do colaborador e de seu defensor, servindo para dar autenticidade ao acordo de colaboração premiada. Caso não ocorra a assinatura das partes, o acordo poderá ser considerado inexistente. A *contrario sensu*, significa dizer que se trata de condição *sine qua non* para a sua existência.

Nestes termos, Lima (2018, p. 734-735): “o acordo de colaboração deve ser subscrito pelo órgão do Ministério Público que detêm atribuições para atuar no caso concreto, pelo Delegado de Polícia, pelo colaborador e por seu defensor, sob pena de ser considerado inexistente”.

V – A especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário:

O art. 5º, I, da Lei nº 12.850/13, prevê que o colaborador poderá usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica. Esta legislação específica, por sua vez, seria a Lei nº 9.807/99, de modo que o acordo, então, deverá prever, se for o caso, quais medidas de proteção que o colaborador e sua família terão, o que mostra uma preocupação do legislador em relação à integridade do colaborador e de sua família. Com isso, prevendo as partes que há risco, o termo deverá dispor expressamente quais medidas de proteção serão adotadas com base na Lei de proteção às testemunhas, de modo que a inclusão do colaborador nos

programas de proteção será feita a critério de um Conselho Deliberativo, que é formado por representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos, conforme o art. 4º da Lei nº 9.807/99.

Por fim, quanto à legitimidade para impugnar o acordo de colaboração, Lima (2017, p. 805-806) estabelece:

[...] eventual coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador não tem legitimidade para impugnar o acordo de colaboração. Afinal, trata-se de negócio jurídico processual personalíssimo. Ele não vincula o delatado e não atinge diretamente a sua esfera jurídica. O acordo, por si só, não pode atingir o delatado, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por eles indicadas ou apresentadas

Este é o mesmo entendimento disposto no Informativo nº 796 do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que eventual coautor ou partícipe delatado não tem legitimidade de impugnar o acordo, pois este não se insere como forma de atingir o delatado por si só. Conforme o disposto em seu art. 6º, I a IV, o termo do acordo de colaboração premiada deverá seguir expressamente o que determinada a Lei das Organizações Criminosas.

6.3 Homologação do Acordo

Realizadas as tratativas do acordo entre as partes, definindo seu conteúdo, objetivos, benefícios, direitos e deveres de ambas as partes, com posterior lavratura do termo de colaboração premiada por escrito, este será levado ao juiz competente para homologação.

Não sendo outro o procedimento a ser aplicado, segundo Pacelli (2017, p. 875):

[...] por meio de petição, contendo as informações necessárias apenas ao registro do feito, vedadas aquelas (informações) que possam identificar o colaborador e o objeto da colaboração (art. 7º), o pedido de homologação será distribuído em sigilo na Justiça criminal. Identificado o juiz competente, o termo propriamente dito será encaminhado diretamente a ele, que terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para decidir sobre a homologação (art. 7º, § 1º)

É o que se extrai do diploma legal a partir da leitura do art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13, o qual dispõe que, realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, para o fim de análise da voluntariedade, ouvir sigilosamente o colaborador na presença de seu defensor. Posteriormente, o § 8º, do art. 4º, da referida Lei, aduz que o juiz poderá recusar a homologação do acordo que não atender aos requisitos legais, ou adequá-lo ao caso concreto.

A atuação do magistrado é bastante restrita. Consta no art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/13, que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes (Ministério Público ou Delegado de Polícia e investigado ou acusado) para formalização do acordo. Sua atuação restrita é composta por homologar a colaboração premiada e por apreciar na sentença sua eficácia.

Quanto ao afastamento do magistrado das negociações, Masson e Marçal (2018, p. 264-265) aludem:

O afastamento do magistrado da etapa das negociações, portanto, encerra norma que francamente homenageia o sistema processual acusatório, sobretudo na vertente do *nullum iudicium sine accusatione* (um dos dez axiomas da teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli) que expressa a separação das funções de julgamento e acusação

Lima (2018, p. 740) aponta uma contradição da Lei:

Se, de um lado, o art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/13, dispõe que o juiz não poderá participar das negociações realizadas entre as partes, do outro, a parte final do § 8º do art. 4º desse mesmo diploma legal estranhamente prevê a possibilidade de o juiz *adequar a proposta ao caso concreto*. Considerando-se a impossibilidade de o juiz imiscuir-se nas negociações inerentes ao acordo de colaboração premiada, ao magistrado não se defere a possibilidade de modificar os termos da proposta, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório e à garantia da imparcialidade. Na verdade, o que o magistrado pode fazer é rejeitar a homologação de eventual acordo por não concordar com a concessão de determinado prêmio legal, nos termos do art. 4º, § 8º, primeira parte, aguardando, então que as próprias partes interessadas na homologação da proposta cheguem a novo acordo quanto ao benefício a ser concedido ao colaborador

Posto isso, a recusa do magistrado poderá ser total, de modo que, quando isto correr, o acordo estará em completo negado. Na hipótese de recusa parcial, a atividade do juiz deverá ser pautada pelo princípio da imparcialidade, não podendo intervir para adequar os termos do acordo, sendo que, caso entenda

necessária a sua adequação, deverá dar a oportunidade para que as próprias partes modifiquem os termos, sendo este o entendimento que se mostra compatível com o sistema acusatório brasileiro.

Desta forma, juiz não está obrigado a homologar o acordo, já que, conforme o art. 4º, § 8º, da Lei nº 12.850/13, ele poderá recusar a homologação que não atender aos requisitos legais, pois, conforme mencionado, a homologação está sujeita a três requisitos: regularidade, legalidade e a voluntariedade.

Em relação à homologação na fase pré-processual (Silva, 2015, p. 67-68):

A homologação, se presentes os pressupostos e requisitos legais, visa a dar idoneidade aos seus termos; se não homologá-lo, deverá remeter ao Procurador-Geral de justiça, como alias, prevê o § 2º do art. 4º da lei para a fase pré-processual, pois o pedido de homologação por parte do órgão responsável pela acusação equivale ao arquivamento da acusação na fase preliminar, à renúncia integral (perdão) ou parcial (diminuição) de aplicação da pena, ou ainda à sua atenuação na forma de cumprimento (substituição da privação da liberdade) na fase judicial, assim como à redução da pena imposta no processo de conhecimento ou à sua atenuação na sua forma de cumprimento (progressão de regime prisional) na fase de execução [...]

Em se tratando de adequação do acordo a ser realizado pelo juiz, Silva (2015, p. 68) diz que: “a adequação do acordo deve restringir-se à observância dos pressupostos e requisitos legais, como determina o § 8º do art. 4º da lei [...]”. Conforme discorrido, entende-se que este não é o posicionamento adequado a ser tomado pelo magistrado, pois este não deve intervir nos termos do acordo, mandamento decorrente do princípio da imparcialidade ao qual está sujeito o juízo e compatível com o sistema acusatório, devendo apenas dar ciência às partes do porquê não homologou o acordo e aguardar que as próprias partes realizem as adequações necessárias.

Nestes termos, Masson e Marçal (2018, p. 266) afirmam:

A recusa pode ser total ou parcial. Na primeira hipótese, o acordo em sua completude torna-se imprestável. Na segunda, mantém-se a validade da avença, porém, com uma redução de conteúdo, desde que não a desnature. Há, por assim dizer, o decotamento de uma ou mais cláusulas tidas, por exemplo, por inconstitucionais. (grifo do autor)

Desta forma, para os autores (2018, p. 266), o magistrado poderá reduzir o conteúdo do acordo, com a retirada de uma cláusula que entende ser

inconstitucional, ou não prevista expressamente em lei, desde que isso não desnature o negócio jurídico.

Este é o posicionamento adotado também por Santos (2017, p. 149-150), entendendo que:

[...] o § 8º do art. 4º preconiza que ‘o juiz poderá recusar a homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto’, enfatizando que tal adequação é de ordem formal e não material, o que somente se dará, nos termos do § 11, na sentença, quando o juiz apreciar os termos do acordo homologado e sua eficácia’.

Reajusta-se o acordo, por exemplo, para suprimir cláusulas abusivas, inconstitucionais ou que projetam a expectativa de conquista de benefícios não previstos em lei, nem contemplados pela jurisprudência do Supremo. (grifo do autor)

Posicionamento diverso do previsto por Lima (2018, p. 740) que, como citado, aduz que o magistrado deverá recusar a homologação do acordo e aguardar que as próprias partes interessadas cheguem a um novo acordo para posterior homologação.

Neste momento, o magistrado não realizará nenhum juízo de valor a respeito da eficácia da colaboração, que será analisado, posteriormente, na sentença. Sua atuação nesta etapa é de fiscalizador, não sendo outro o posicionamento doutrinário.

Com efeito, Lima (2018, p. 741) aduz:

Esse provimento interlocutório – o qual não julga o mérito da pretensão acusatória, mas resolve uma questão incidente – tem natureza meramente homologatória, limitando-se ao pronunciamento sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. Ao homologar o acordo de colaboração, o juiz não deve emitir juízo de valor a respeito das declarações eventualmente prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, nem conferir o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores

Conforme afirma Costa (2017, p. 150): “aliás, o juiz é fiscal mor da voluntariedade da colaboração premiada, devendo rejeitar toda colaboração em que restar evidente a supressão do direito de escolha do indivíduo”.

Santos (2017, p. 149) aduz:

Quando da homologação da avença, o juiz limita-se a averiguar se há ou não vícios formais, inclusive concernentes à vontade do colaborador, não se pronunciando acerca do seu conteúdo, por não ser o momento de aferir o quanto valiosa foi a colaboração e o benefício mais adequado a ser concedido

– não raro, as informações prestadas pelo imputado ainda estarão em fase de averiguação, buscando-se provas que as ratifiquem. (grifo do autor)

Como caracteriza, Masson e Marçal (2018, p. 266):

Consoante a pacífica orientação jurisprudencial, ao receber os autos com o pedido de homologação, o magistrado deve exercer um juízo de delibação e se limitar à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, 'não lhe sendo permitido, neste momento, proceder à realização de juízo de valor acerca das declarações prestadas pelo colaborador e nem à conveniência e oportunidade acerca da celebração deste negócio jurídico processual', pois, como é cediço, o exame quanto à eficácia objetiva da colaboração deve ser realizado quando da prolação da sentença. Por isso, nula é a decisão que, a pretexto de recusar a homologação da avença, ingressa no mérito do pacto. (grifo do autor)

Conforme exaustivamente mencionado, nesta etapa homologatória o juiz apenas verificará acerca dos três requisitos necessários para homologação, quais sejam, sua regularidade, legalidade e voluntariedade, de toda sorte que, segundo os autores, é nula a decisão que não homologa o acordo sob pretexto do mérito pactuado.

Ao comentar sobre a voluntariedade, Lima (2017, p. 810) elucida:

O dispositivo deixa evidente que, para fins de verificação da voluntariedade da manifestação da vontade do colaborador, poderá o juiz ouvi-lo sigilosamente, assegurada a presença de seu defensor. Interpretando-se à *contrario sensu* a parte final do art. 4º, § 7º, depreende-se que a Lei não faz referência à presença da parte responsável pela propositura do acordo (Ministério Público e/ou Delegado de Polícia – neste caso, para quem entende que a autoridade policial teria legitimidade para propor o acordo). Queira ou não, a presença do proponente do acordo nesta audiência poderia provocar certo constrangimento ao colaborador, inibindo-o de revelar os reais motivos que o levaram a colaborar com as autoridades responsáveis pela persecução penal (v.g., promessa de não haver pedido de prorrogação do prazo da prisão temporária)

Essa possibilidade de o juiz ouvir somente o colaborador – na presença sempre de seu defensor – se mostra instrumento útil para análise da voluntariedade do acordo, a qual é pressuposto para homologação deste, não podendo o magistrado ter dúvida alguma quanto a esse aspecto. Caso fosse permitida a participação da parte que propôs o acordo, é evidente que, em inúmeros casos, o colaborador não revelaria os motivos verdadeiros que o levaram a concordar com os termos do acordo.

Nestes termos, Masson e Marçal (2018, p. 264) estabelecem:

Veja-se que a lei não mencionou a presença da autoridade policial ou do membro do Ministério Público nesse ato. A omissão, parece se justificar, pois, ao menos em tese, a presença deles nessa audiência especial poderia inibir o colaborador a expressar livremente ao magistrado os reais motivos que o levaram a celebrar o acordo (p. ex.: promessa de elaboração de pedido de revogação de prisão cautelar se houver a delação dos comparsas). Não constatada a regularidade-legalidade-voluntariedade, cabe ao magistrado recusar a homologação (§ 8.º)

A omissão do dispositivo em não mencionar a presença de autoridade policial ou do *Parquet* se justifica, quando se pensa que a presença de qualquer um deles poderia fazer com que o colaborador não dispusesse sobre seus reais motivos a colaborar.

Além desta possibilidade para aferir a voluntariedade, outra igual eficazmente para análise da legalidade, para Masson e Marçal (2018, p. 264):

[...] outra providencia eficaz para o controle judicial da legalidade da negociação entabulada entre as partes vem capitulada no § 13 do art. 4.º, donde extrai que, *sempre que possível*, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”. Veja-se que não há uma obrigatoriedade legal de que as declarações do colaborador sejam captadas por meio audiovisual, ‘mas somente uma recomendação para assegurar maior fidelidade das informações. Inexiste, portanto, nulidade ou prejuízo à defesa pela juntada apenas de termos escritos, sobretudo quando não foi realizada a gravação dos depoimentos

Vale mencionar, novamente, que, nesta etapa de homologação, não irá ser concedido nenhum prêmio legal ao colaborador, pois os benefícios serão, em regra, concedidos ao colaborador somente em momento posterior, quando da prolação da sentença, conforme mostra o art. 4º, § 11, do diploma legal, que prevê que a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

Posto isso, a homologação tem apenas o condão de assegurar o compromisso que há entre as partes nos termos do acordo e dar segurança jurídica ao colaborador com relação à concessão dos benefícios legais. Deve-se lembrar que os prêmios legais serão concedidos ao colaborador, desde que as informações por ele prestadas sejam eficazes para o atingimento de um ou mais dos objetivos previstos no art. 4º, I a V, que deverão estar expressamente elencados no termo do acordo.

Nesta direção, Masson e Marçal (2018, p. 256-257) destacam:

[...] é correto dizer que o juiz que homologou o acordo fica de certa forma vinculado aos seus termos, devendo conferir ao colaborador o benefício ajustado quando a colaboração tiver sido efetiva. O cumprimento das obrigações assumidas pelo colaborador, dessa maneira, 'impede que o Poder Judiciário recuse-lhe a concessão dos benefícios de ordem premial, sob pena de o Estado-Juiz incidir em comportamento desleal, absolutamente inaceitável e de todo inadmissível

Outra discussão doutrinária, que ainda ocorre, diz respeito à necessidade ou não de homologação judicial do acordo. Nestes termos, Lima (2018, p. 741) preconiza:

Com o advento da Lei n. 12.850/13, parece não haver mais dúvidas quanto à necessária homologação judicial do acordo de colaboração premiada. Deverás, consoante dispostos no art. 4º, § 7º, uma vez realizado o acordo, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, *será remetido ao juiz para homologação*, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor

Desta forma, para o autor, a lei foi clara em preconizar a necessidade de homologação judicial do acordo, de toda sorte que é necessária a homologação do negócio jurídico processual.

6.3.1 Voluntariedade da colaboração premiada como requisito para sua homologação

A voluntariedade, tratando-se de um tema controverso na doutrina, merece um estudo apartado quanto à análise e cuidados que o juiz deverá proceder quando da homologação do acordo.

A Lei das Organizações Criminosas expressamente dispõe sobre a voluntariedade do ato, sem fazer menção à espontaneidade, mas cabe a distinção dos institutos.

Para Lima (2017, p. 793): “ato espontâneo é aquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia – deve preponderar a vontade de colaborar com as autoridades estatais”.

O ato espontâneo seria, então, aquele em que a iniciativa é própria do agente, ou seja, a intenção de praticar determinado ato nasce exclusivamente da vontade do indivíduo, não havendo qualquer interferência ou influência de terceiros.

Já a voluntariedade não exige que, necessariamente, a iniciativa tenha sido do agente, podendo o ato ser praticado por indicação ou conselhos realizados por terceiros (v.g., defensor do acusado). Caracteriza-se, também, como voluntário, o ato que é praticado até pela insistência de terceiros, desde que não haja coação absoluta, seja esta coação física ou psicológica. A *contrario sensu*, significa dizer que somente a coação externa absoluta é capaz de viciar a voluntariedade.

O ato voluntário, então, seria aquele caracterizado como livre de constrangimento, que nasce da livre vontade do indivíduo, mesmo que a iniciativa para sua prática não tenha sido própria do agente. No entanto, não se deve haver coação externa absoluta, devendo restar ao indivíduo um poder próprio de autodeterminação.

Com esse entendimento, novamente Lima (2018, p. 717):

[...] o que realmente interessa para fins de colaboração premiada é que o ato seja *voluntário*. Ainda que não tenha sido do agente a iniciativa, ato *voluntário* é aquele nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento. Portanto, para que o agente faça jus aos prêmios legais referentes à colaboração premiada, nada impede que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação. (grifo nosso)

A partir da classificação de ato espontâneo e ato voluntário, identificam-se suas diferenças, pois a voluntariedade não exige tal iniciativa própria do agente, podendo a sua prática ser incentivada por meio do conselho de terceiros.

A antiga Lei de Combate ao Crime Organizado, Lei nº 9.034/95, revogada pela Lei nº 12.850/13, previa, em seu art. 6º, a colaboração espontânea do agente. Já a nova Lei de Organizações Criminosas, ora citada, prevê a voluntariedade.

Posteriormente a ela, a antiga Lei de Drogas, nº 10.409/99, revogada pela Lei nº 11.343/06, previa, em seu art. 32, § 2º: “[...] o indiciado que espontaneamente [...], trazendo novamente a espontaneidade como pressuposto para concessão de benefícios legais. No entanto, a nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06 traz expressamente em seu art. 41: “[...] que colaborar voluntariamente [...]”.

Apesar de alguns dispositivos legais, como o art. 1º, § 5º, da Lei de Lavagem de Dinheiro, nº 9613/98, ainda preverem a espontaneidade do ato para a colaboração, segundo Lima (2017, p. 793), “prevalece o entendimento de que a

espontaneidade não é condição *sine qua non* para a aplicação dos prêmios legais inerentes a colaboração premiada”.

Posto os exemplos, compreende-se que as alterações legislativas vêm passando a prever, ao invés da espontaneidade do ato, a sua voluntariedade. Para o estudo da colaboração premiada, no âmbito da Lei nº 12.850/13, o que importa é que o ato seja voluntário e não espontâneo.

A voluntariedade seria uma forma de proteger a vontade do agente quanto à realização de algum ato específico.

A doutrina tende a dizer que os motivos que levaram o agente a realizar o acordo de colaboração são irrelevantes, desde que feitos de forma voluntária.

Para Costa (2017, p. 155): “[...] o que a doutrina quer dizer ao referir à irrelevância dos motivos que determinam o ato é que a moralidade destes motivos não interessa”. Com isso, não seria de interesse do juiz quando da homologação do acordo se o agente praticou o ato por vingança ou arrependimento.

Ao assunto, Lima (2017, p. 793) comenta:

[...] é de todo irrelevante qualquer análise quanto à motivação do agente, pouco importando se a colaboração decorreu de legítimo arrependimento, de medo ou mesmo de evidente interesse na obtenção de vantagem prometida pela Lei. Deveras, o Direito não se importa com os motivos internos do sujeito que resolve colaborar com a justiça, se de ordem moral, social, religiosa, política ou mesmo jurídica, mas sim com o fato de que a entrega dos coautores de um fato criminoso possibilita a busca de um valor, e a manutenção da organização criminosa, de um desvalor

Para formação da vontade do indivíduo, é totalmente importante que ele detenha o conhecimento de todas as informações e provas existentes, pois, para tomar uma decisão, o indivíduo vai analisar o conhecimento que detém dentro dele.

Costa (2017, p. 160) nos afirma, quanto ao assunto:

Sem o conhecimento sobre os fatos pelos quais o pretense colaborador está sendo investigado/processado e sobre as provas que se têm contra ele, torna-se impossível formar uma imagem mental das circunstâncias sobre as quais a proposta de colaboração se forma. Por outro lado, sem o conhecimento dos termos do acordo e a compreensão sobre o instituto da colaboração premiada, o indivíduo não poderá, de igual modo, acumular informações úteis sobre o ato em si. Por fim, se não postas às claras consequências da colaboração, benefícios e obrigações dela decorrentes, será impossível formar o conhecimento prospectivo sobre a conduta a ser realizada. Será, nas palavras de Gunther Jakobs, uma vítima da sua própria conduta. A apreensão destas informações torna-se essencial para formação

de sua vontade pois é a partir delas que o indivíduo passa a refletir sobre seu desejo de colaborar

Para o autor (2017, p. 160), seria pressuposto de voluntariedade que o pretense colaborador saiba dos fatos pelos quais está sendo investigado e sobre as provas que se têm contra ele, de modo, assim, a motivar a formação de sua voluntariedade para decidir colaborar.

6.3.2 A prisão como óbice à voluntariedade: prende-se para colaborar?

Feitas as devidas diferenciações, cabe passar à análise de outro assunto que desperta o interesse da doutrina: se o indivíduo, estando preso, perde a sua capacidade de autodeterminação para a realização de um ato voluntário.

O Min. do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, (STF, Pleno, HC 127.483/PR, 27/08/2015, p. 21) estabelece seu entendimento acerca do assunto:

Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiaias por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia

Com a lição, pode-se concluir que não há uma ligação entre a liberdade psíquica e a liberdade física. Desta forma, a supressão da liberdade física do agente não quer dizer que ele tenha perdido a sua liberdade psíquica, de modo que não haveria nenhum impedimento para que se realizem acordos de colaboração premiadas com indivíduos que estejam presos. Tanto é que a própria Lei nº 12.850/13, em seu art. 4º, § 5º, admite a realização do acordo posteriormente à sentença, quando o agente pode já estar cumprindo a sua pena, ou seja, com a sua liberdade física constrangida.

Quanto à não possibilidade de acordos firmados com indivíduos presos, Moro (2015, s.p.) ironiza:

Acho engraçado que essa crítica [de que prende para forçar delações] não vem do próprio delator, mas de outros. Como você pode dizer que uma

peessoa foi coagida se o próprio confesso não fala nada disso? Se um criminoso resolve colaborar, não é por sinceridade. É por que ele quer um benefício legal. A única ameaça que tem sido feita a essas pessoas é o devido processo legal. Não vejo substância para essa crítica, até porque vários firmaram acordo de colaboração quando estavam soltos

A vedação à realização de acordos de colaboração premiada com indivíduos presos também configura uma violação ao princípio da isonomia, afrontando a igualdade e configurando lesão ao direito de defesa, pois pode ser que a realização de um acordo de colaboração premiada seja utilizada como uma estratégia da defesa, o que é plenamente possível em um caso concreto.

Com efeito, Santos (2017, p. 147) leciona:

A voluntariedade inerente à delação não se confunde com espontaneidade – se o infrator pudesse escapar da responsabilização penal sem delatar os comparsas e/ou o esquema criminoso, assim o faria. Importa ausência de coercitividade, logo, o fato de o delator encontrar-se cautelarmente preso, por ordem escrita e fundamentada, de juízo competente, não a compromete, mesmo porque nenhuma custódia cautelar pode ter como fundamento a obtenção de colaboradores premiaais, atrelada à conveniência da instrução criminal, ante as garantias constitucionais ao silêncio, estampada no art. 5º, LXII, da Carta Maior, e a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), revelada no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e no art. 14, 3, g do Pacto de Direito Cívico e Político da Organização das Nações Unidas, inseridos no ordenamento pátrio através, respectivamente, dos Decretos de nº 678, de 6 de novembro de 1992 e 592, de 6 de julho do mesmo ano, afinal, ninguém pode ser compelido, corporalmente, a cooperar – nem nos EUA, berço do instituto, admite-se a coerção física. (grifo do autor)

A prisão, por si só, não violaria a voluntariedade do colaborador, pois como visto, é necessário que o colaborador tenha total liberdade psíquica e não física, podendo realizar o acordo de colaboração premiada mesmo estando preso, devendo, para tanto, estar acompanhado de seu defensor em todos os atos.

Ainda neste mesmo sentido, Masson e Marçal (2018, p. 205):

[...] não se pode dizer que a prisão retira da voluntariedade da colaboração porquanto ‘em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar *assistido por defensor*’ (LCO, art. 4.º, § 15). Assim, caso o advogado enxergue o acordo como prejudicial aos interesses de seu cliente, basta orientá-lo a não o celebrar, até porque, como vimos, a colaboração configura, também, um meio de defesa

Além da prisão não retirar a voluntariedade para celebração do acordo, a vedação de sua realização com indivíduos presos, além de violar a isonomia, fere o direito de defesa, pois a celebração do acordo de colaboração premiada pode ser

vista como uma estratégia a ser adotada. Com esse entendimento, Santos (2017, p. 149): “[...] escalonar-se-ia o direito de defesa, cujo exercício não se mostraria mais tão amplo, se comparado aos soltos, em descompasso com a isonomia”.

No entanto, existe parte da doutrina que estabelece sobre a existência de prisões cautelares que estão sendo realizadas como forma de forçar o indivíduo a colaborar. Neste sentido, Coutinho, Lopes e Rosa (2018, p. 55):

Prender para colaborar ou colaborar para não ser preso é a tônica do modelo ‘Moro’ de processo penal. O acusador fica com a faca, o queijo e todas as cartas para negociar. Não aceita a negociação, segue-se instrução processual e decisão condenatória com pena alta: xeque-mate. Depois de condenado, com a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a pena se cumpre imediatamente ao julgamento em segundo grau, o acusado é constrangido a colaborar. Não delatar é estratégia dominada, para usar a gramática da Teoria dos Jogos. É justamente aí que reside a troca. Os acusadores, em nosso nome, perdoam, dão descontos de 80% da pena, autorizam prisão domiciliar sem retorno ao cárcere (ainda que sem qualquer previsão legal que autorize), mediante: a) arrependimento e confissão; b) auxílio probatório com ‘entrega’ de comparsas; c) multa pecuniária e/ou devolução de dinheiro

Mesmo que restar provado que a prisão cautelar se realizou com a intenção de forçar um acordo de colaboração, somente no caso concreto o juiz analisará a voluntariedade do ato, podendo, para tanto, ouvir o colaborador, sigilosamente, na presença de seu defensor. Desta forma, não há nenhum tipo de vedação acerca de acordos realizados entre o Ministério Público e o sujeito preso.

Quanto a prender para colaborar, Moro (2016, p. 879) aduz:

Não se prender com o objetivo de alcançar confissões. Prende-se quando estão presentes os pressupostos de decretação de uma prisão antes do julgamento. Caso isso ocorra, não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem a utilização de qualquer método interrogatório repudiado pelo Direito. O próprio isolamento do investigado faz-se apenas na medida em que permitido pela lei. O interrogatório separado, por sua vez, é técnica de investigação que encontra amparo inclusive na legislação pátria (art. 189, Código de Processo Penal)

Posto isso, não pode ser vedada a colaboração premiada com indivíduos presos com base apenas em pressupostos de que se prende para colaborar. Uma prisão decretada, nos moldes legais, não pode funcionar como obstáculo para a realização de um acordo de colaboração premiada, o que, além de ferir a isonomia e a ampla defesa, garantias constitucionais da República, reduziria

em grande parte a eficácia no âmbito do combate a crimes de corrupção, que utilizam meios arditos e complexos, sendo de difícil investigação. Deste modo, um criminoso, que colabora com a Justiça, mesmo que movido por interesses próprios – o que seria de toda ingenuidade acreditar que qualquer criminoso iria colaborar sem interesse – ajuda no combate ao crime e na eficiência da aplicação da lei penal.

Quanto a prisões cautelares ilegais com consequente vício de voluntariedade, Santos (2017, p. 149) leciona:

[...] reconhecida a ilegalidade da custódia quando da delação – quer por ausência de motivação idônea (a medida não pode ser implementada para “forçar” acordos de cooperação, por exemplo, o que ofenderia a cláusula nemo tenetur se detegere), quer porque determinada por Juízo incompetente (o que comprometeria a validade da própria avença), quer por excesso de prazo, já existente à época da delação, quer porque contra legem (em descompasso com o art. 313 do CPP) –, a vontade externada pelo delator mostra-se viciada, a justificar a anulação da colaboração, porque ilícita, e das provas dela derivadas, exceto, se o delator ratifica-la. (grifo do autor)

Portanto, para o autor (2017, p. 149), quando a prisão se mostrar ilegal, a sua voluntariedade estará viciada. Para que seja superada a ilegalidade decorrente do vício de voluntariedade em tais casos, deve o delator ratificar a sua vontade, para que seja possível verificar que, em liberdade, ele teria a mesma atitude e prestaria mesmo as informações acordadas.

Também neste sentido, Masson e Marçal (2018, p. 205):

[...] se houver reconhecimento de *patente abusividade* da custódia quando da colaboração, por exemplo, em razão de a constrição ter sido imposto sem a mais rarefeita fundamentação e por juízo absolutamente incompetente, a vontade externada pelo delator pode se mostrar viciada [...]

Deve-se preocupar com a proposição de projetos de Lei que visam impedir a colaboração de réus presos, cautelar ou definitivamente, pois esse impedimento iria beneficiar somente as organizações criminosas. Não há consistência entre essa vedação e a garantia da ampla defesa, pois, se solto, o agente poderia colaborar, mas, estando preso, não poderia colaborar, justamente quando a necessidade do direito de defesa se mostra ainda maior. Por fim, consegue-se compreender que não há qualquer relação entre a prisão e a colaboração.

É de todo equivocado o entendimento que esses projetos visam beneficiar somente aqueles que não querem ter a sua prisão preventiva decretada, com o argumento de que, estando presos não podem colaborar, ou que presos deveriam serem soltos para colaborar.

O que se mostra inconsistente, daqueles que defendem que a prisão retira a voluntariedade do indivíduo, é que os mesmos nada falam sobre o art. 4.º, § 5º, da Lei 12.850/13, que prevê a colaboração premiada em momento posterior à sentença, quando o indivíduo já poderá estar cumprindo sua pena. Desta forma, se a prisão cautelar vicia a voluntariedade, a colaboração também não poderia se dar na fase de execução penal, pois também estaria viciada a vontade do colaborador.

Como caracteriza Masson e Marçal (2018, p. 206), que questionam:

Além do mais, se a prisão fosse mesmo algo que retirasse a voluntariedade do acordo de colaboração premiada, para manter a coerência argumentativa, deveriam os defensores da primeira corrente pugnar também pela inconstitucionalidade do art. 4.º, § 5.º da Lei 12.850/13, que prevê a colaboração posterior à sentença, ou seja, na fase de execução penal, o que até agora não vimos

Segundo Costa (2017, p. 195), a questão que se levanta é se haveria alguma forma de assegurar a colaboração premiada de réus presos preventivamente, sem que isto fosse utilizado como uma tática, por parte da acusação, para forçar o indivíduo a colaborar. Segundo o autor (2017, p. 195-196), a questão vai além de alterações do ponto de vista legal, pois se trata, primeiramente, de uma conscientização das próprias partes. No entanto, deve-se considerar em repensar o sistema para evitar práticas que violem a vontade do colaborador. O autor faz uma proposta, que parte da diferenciação entre espontaneidade e voluntariedade. Sabe-se que o requisito para uma colaboração premiada é a voluntariedade, que é aquele ato que é praticado livre de coação externa absoluta, de modo que deverá restar sempre um poder de autodeterminação do indivíduo para formar suas decisões. Por sua vez, a espontaneidade se classifica como aquele ato no qual a ideia para a sua prática nasce, exclusiva e diretamente, da pessoa, sem qualquer interferência externa. A partir desta distinção, Costa (2017, p. 196) propõe que, quando os indivíduos estiverem presos cautelarmente, exija-se a espontaneidade para a prática do ato, mas não a voluntariedade. Trata-se de uma proposta de difícil vinculação, pois é extremamente difícil, em um caso concreto,

comprovar-se a espontaneidade, no entanto, ao menos em tese, a autoridade estatal estaria impedida de propor um acordo de colaboração premiada, ressalvada as propostas feitas pelo próprio defensor do indivíduo preso, com sua devida anuência, pois se se proibisse que até o defensor não poderia aconselhar o indivíduo, limitar-se-ia o seu direito de defesa.

Ainda, se esta proposta fosse aceita, Costa (2017, p. 196) indica:

[...] deve-se igualmente pensar a respeito da prática das negociações para a colaboração feita em ambientes carcerários. Por óbvio, que, seja a colaboração espontânea ou voluntária, a pressão para que o preso colabore, informal e sorrateiramente, sempre existirá. Diante disso, são necessárias medidas para desaparelhar o Estado de mecanismos que transformem a imediata soltura do preso em objeto de barganha

O direito italiano realizou uma reforma no ano de 2001, que condiz bastante com o que o autor propõe, sendo vedadas, por lei, cláusulas que libertem o indivíduo preso apenas por ocasião de um acordo de colaboração premiada, com a intenção de que esta prisão não esteja condicionada à colaboração do presidiário.

A prisão cautelar preventiva, decretada na forma da Lei, pressupõe que os pressupostos legais estejam presentes. Sendo assim, ela não estaria fadada pela ilegalidade, sendo justa e amparada pela Lei quando decretada no âmbito dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal. A legalidade desta prisão pressupõe, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal, a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, devendo ambos coexistirem. Pode a prisão preventiva ser baseada na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da Lei. Além disso, é cabível, conforme o art. 313, do mesmo diploma legal, nos crimes dolosos punidos com pena superior a 4 (quatro) anos, ou que o indivíduo seja reincidente com sentença transitada em julgado, crimes envolvendo violência contra mulher, idoso, criança, adolescentes, para garantir a execução das medidas protetivas, devendo ser decretada pela autoridade competente. Nos casos de prisão temporária, para que ela esteja amparada pela legalidade, devem-se seguir o art. 1º, da Lei nº 7.960.

Posto isso, pode-se pegar como exemplo de circunstância autorizadora a garantia da ordem pública, sendo esta uma expressão vaga. Dessa forma, segundo Costa (2017, p. 176): “assim sendo, a legalidade do ato, em si, não é suficiente para se garantir que não haja, no caso concreto, a violação à liberdade

psíquica do indivíduo”. No caso concreto, além da legalidade do ato, deve-se analisar se esta prisão preventiva está cumprindo o seu caráter de instrumentalidade.

Neste sentido, Costa (2017, p. 176):

Em contraposição às prisões instrumentalmente legítimas, estão aquelas utilizadas com um viés utilitarista, verdadeiras táticas de aniquilação cujo objetivo é servir de elemento de convencimento do imputado a colaborar com a Justiça. É aqui que entram no jogo processual as estratégias violadoras da voluntariedade do ato a ser praticado (por meio do atingimento direto da liberdade psíquica do indivíduo, isto é, de sua vontade de segunda ordem)

Conforme o exposto, a prisão preventiva cautelar não impede que o indivíduo preso realize um acordo de colaboração premiada. No entanto, para que esta prisão não seja utilizada de uma forma utilitarista, dada as circunstâncias autorizadas serem amplas e vagas, o indicado, segundo o autor, seria que, quando o indivíduo estiver preso, o “pontapé” inicial para o acordo fosse praticado de forma espontânea, com a exclusiva iniciativa do indivíduo, amparado pelo seu defensor, que, para não limitar o direito a defesa, poderia aconselhar o melhor caminho a ser tomado.

Há de se discordar da proposta, tendo em vista que, mesmo que a iniciativa para as tratativas do acordo parta do Ministério Público, desde que sejam nos moldes preconizados por lei, não há óbice e nem violação à voluntariedade para um futuro acordo, tendo em vista que não é ilegal tentar-se obter uma confissão ou uma colaboração. Além disso, aquele que colabora, ainda mais em crimes de difícil investigação, como é o caso da corrupção e lavagem de dinheiro, ajuda a aplicar a lei penal soberana de um país, reduzindo a impunidade que é constatada habitualmente tais delitos.

6.3.3 Consequências do vício de voluntariedade

Sabe-se, conforme a análise em comento, que a voluntariedade é requisito necessário para a homologação do acordo. Cabe, agora, analisar qual seria a consequência de um vício baseado nela.

É oportuna uma breve análise sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, segundo Moraes (2012, p. 19):

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de domínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* [...]

A partir desse conceito, consegue-se identificar uma relação existente entre Dignidade da Pessoa Humana e autonomia de vontade, presente no âmbito de suas autodeterminações, que está ligada ao poder de escolha que todo indivíduo tem, amparado constitucionalmente, estando positivada a Dignidade da Pessoa Humana no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Assim sendo, trazendo a discussão para o âmbito da colaboração premiada, Costa (2017, p. 164) afirma:

A voluntariedade da colaboração premiada insere-se neste âmbito de proteção à dignidade da pessoa humana, uma vez que se concretiza como a expressão da autonomia de vontade e da autodeterminação do indivíduo no acordo firmado com o Estado. Assim, impõe-se desde sempre que a vontade seja livre, sem obstáculos que configurem violação da liberdade de decidir. É certo que qualquer violação nuclear que inviabilize o exercício da autonomia do indivíduo configura lesão à dignidade da pessoa humana, pois limita a sua capacidade de autodeterminação. Diante disso, concluímos que a voluntariedade é elemento nascido da própria dignidade da pessoa humana, pois se aperfeiçoa no exercício da autonomia e da liberdade do imputado diante da proposta de acordo de colaboração

Posto isso, compreende-se que o requisito da voluntariedade, presente no âmbito da colaboração premiada, é uma garantia que advém do próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ganhando, assim, a voluntariedade, ares de garantia constitucional.

Sendo garantia constitucional, ela é de interesse público. Havendo violação, seu prejuízo é presumido, sendo considerada nulidade absoluta, pois não depende da demonstração de prejuízo, como no caso das nulidades relativas. O juiz deve, de ofício, quando da homologação do acordo de colaboração premiada, nos

termos do art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13, reconhecer a nulidade absoluta do negócio jurídico por um vício em sua voluntariedade.

6.4 Direitos do Colaborador

A Lei nº 12.850/13, em seu art. 5º, traz quais são os direitos do colaborador. A preocupação do legislador foi com a integridade física e psíquica do colaborador, pois, sendo a colaboração premiada uma espécie de “dedurismo”, aquele poderá sofrer retaliações por parte daqueles que foram delatados no âmbito das informações prestadas.

Lima (2018, 729) aduz:

De nada adianta o interesse do Estado na obtenção de informações privilegiadas fornecidas por um dos integrantes da organização criminosa se não oferecer ao colaborador em contrapartida, uma série de direitos capazes de diminuir os riscos inerentes à *traição* por ele praticada

Conforme Silva (2015, p. 81) afirma:

Os países que consagram medidas de proteção a vítimas e testemunhas trataram de estende-las aos corréus colaboradores, pois igualmente suportam riscos para a sua segurança e de seus familiares quando dispõem a prestar declarações contra organizações criminosas. A rigor, os riscos que suportam tais pessoas são até mais gravosos do que aquele suportados por vítimas e testemunhas, pois são consideradas pelos demais membros da organização como “traidoras”, afigurando-se a vingança contra elas e seus familiares quase que inevitável. No Brasil, o art. 15 da Lei nº 9.807/99 dispõe que “serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora desta, medidas especiais de proteção e segurança a sua integridade física”; outrossim, o § 2º do mesmo dispositivo prevê que o juiz poderá determinar em seu favor as medidas previstas no art. 8º da lei, ou seja, as mesmas destinadas à proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas

Com isso, o acordo de colaboração premiada, homologado pelo juiz, confere ao colaborador os seguintes direitos: a) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; b) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; c) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; d) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; e) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; f) cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. Quanto a isto, Masson e Marçal (2018, p. 287) aduzem que: “a Lei

12.850/13 criou em prol do colaborador um verdadeiro estatuto de proteção da intimidade, ao arrolar em seu art. 5.º os 'direitos do colaborador'".

O art. 5º, I, da Lei nº 12.850/13, prevê que o colaborador poderá usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica. A lei que irá conferir estas medidas é a Lei nº 9.807/99, segundo a qual a inclusão do colaborador nos programas de proteção será feita a critério de um Conselho Deliberativo, que é formado por representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos, conforme seu art. 4º. Este inciso está intimamente ligado com o Art. 6º, V, do mesmo diploma legal, que estabelece que o termo do acordo de colaboração premiada deverá especificar as medidas de proteção que serão aplicadas ao colaborador e sua família.

O art. 7º da Lei 9.807/99 arrola as medidas protetivas que os programas de proteção dispõem:

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII - apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal

Uma das características das organizações criminosas é a busca incessante por destruir provas, conseguindo, assim, manter a impunidade dos criminosos. O legislador, atento a isso, estabeleceu proteção às pessoas que colaborarem, pois, a prova oral, no âmbito das organizações criminosas, continua sendo uma das mais importantes, já que são crimes que dificilmente deixam rastros. A proteção dada ao colaborador deve ser ainda maior do que aquela dada à testemunha, pois o indivíduo que colabora entregando outros é considerado, pela organização criminosa como traidor, conhecido no sistema carcerário como "X9",

podendo, assim, sofrer as vinganças advindas de seus membros. Ocorrendo um caso deste, outros futuros colaboradores poderão deixar de realizar um acordo de colaboração premiada, por medo de sofrer retaliações e até mesmo morrer. Inclusive, em casos extremos, o art. 9, da Lei 9.807/99, autoriza a alteração do nome completo da pessoa protegida, que será requerido, pelo conselho deliberativo, ao juiz competente para registros públicos, para que proceda à alteração, podendo ser estendida, nos termos do § 1º, do referido artigo, ao cônjuge, companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com o protegido.

Com relação ao inciso II, não ter nome, qualificação, imagem, dentre outras informações pessoais divulgadas, trata-se de um direito que deve ser oponível principalmente contra a grande mídia, pois é constantemente desrespeitado, dada a divulgação ampla dos acordos firmados. Com relação a esta proteção, Masson e Marçal (2018, p. 289) dispõem que: “esse direito é robustecido pelo art. 18 da Lei do Crime Organizado, segundo o qual constitui crime punido com reclusão de um a três anos e multa a conduta de ‘revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito’”.

Com base neste inciso, Lima (2018, p. 730) aduz que: “[...] por ocasião da distribuição do pedido de homologação do acordo, deve ser preservado o sigilo quanto à identificação do colaborador e do objeto da cooperação (Lei nº 12.850/13, art 7º, *caput*)”.

Em relação à procedência da oitiva em juízo do colaborador, a doutrina diverge. Lima (2018, p. 730-731) entende que:

[...] caso seja necessária a oitiva do colaborador no curso do processo judicial, não temos dúvida em afirmar que sua verdadeira identidade deve ser mantida em sigilo. Afinal, é a própria Lei das Organizações Criminosas que dispõe que o colaborador tem o direito de ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, devendo, ademais, participar das audiências sem contato visual com os outros acusados. Em síntese, se, porventura, surgir a necessidade de sua oitiva, o colaborador deve ser ouvido como testemunha anônima

Com outro entendimento, Santos (2017, p. 181):

“II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados”, direito este que subsiste apenas até o oferecimento da denúncia, uma vez encerrado o sigilo do termo, afinal não há como negar às partes a identidade do delator, até para que o contraditório e a ampla defesa

possam ser exercidos – a fim de rebater as alegações, há de se conhecer a fonte. [...] o art. 5º, IV da CRFB/88 veta o anonimato na manifestação do pensamento, ao passo que o art. 5º, LX, assenta a publicidade do processo, sendo inconcebível a existência de fontes ocultas de provas. (grifo do autor)

Masson e Marçal (2018, p. 290-291) estabelecem:

[...] consideramos que a lei não criou, na hipótese, o chamado *testemunho anônimo* ou *sem rosto*. Em verdade, “o que a lei visa proteger é a intimidade do colaborador contra o público em geral, sobretudo para resguardá-lo da ‘pecha’ de delator ou *dedo-duro*. O que o magistrado pode assegurar é que o endereço e demais dados qualificativos do colaborador não sejam acessíveis aos acusados, visando preservá-lo. Segundo nos parece, o acesso do advogado constituído ao endereço do colaborador poderá ser negado, pois isto em nada é relevante para a defesa”

Com razão, para que possa ser exercida a defesa plena do delatado, haverá necessidade de identificação do colaborador, pois a Constituição Federal veda o anonimato.

Com base no art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.850/13, o acordo deixará de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observando-se o disposto no art. 5º. Dessa forma, assim que terminadas as investigações, ao acordo será dada ampla publicidade, mas sempre se respeitando o sigilo das informações estabelecidas no art. 5º, com a intenção de preservar o colaborador. Isso porque, a *contrario sensu*, com o medo de represálias, futuros colaboradores poderiam deixar de firmar o acordo, acarretando prejuízo para os órgãos de persecução penal, no âmbito das organizações criminosas, que são extremamente difíceis de serem investigadas. No entanto, isto não será absoluto, pois é permitido que os defensores dos corréus tenham acesso à identidade do colaborador.

Em relação aos incisos III e IV, estes devem ser preservados pelo juízo, que garantirá que o colaborador seja conduzido separadamente dos demais coautores e que, nas audiências, não tenham contato visual com os demais acusados. Quanto a isto, Santos (2017, p. 181-182) aduz que: “os incisos III e IV do artigo em comento poupam o colaborador do confronto com os corréus delatados, mas não proíbe, em absoluto, que os respectivos defensores tenham acesso à sua identidade [...]”. Para Lima (2018, p. 731), com base no inciso III: “a intenção do dispositivo é resguardar a incolumidade física do colaborador”.

A intenção do legislador, no inciso IV, é proteger o colaborador do confronto com os corréus delatados. Sabe-se que o acusado tem direito ao

confronto, acompanhando todos os atos da instrução, inclusive à prova oral contra ele produzida. Trata-se de direito fundamental, porém, não absoluto.

Nestes termos, Lima (2018, p. 731):

Dentre os direitos fundamentais que podem colidir com o direito ao confronto, legitimando a sua restrição, encontram-se os direitos do colaborador à vida, à segurança, à intimidade e à liberdade de declarar, os quais se revestem de inequívoco interesse público, e cuja proteção é indiscutível dever do Estado. Portanto, sabedores que somos dos riscos que o colaborador passa a experimentar em virtude de ter “traído” a confiança de seus “companheiros de crime”, a própria Lei nº 12.850/13 assegura ao colaborador o direito de participar das audiências sem o contato visual com os demais acusados

Em *contrario sensu*, caso não seja dada a proteção efetiva ao colaborador, o efeito reverso que se poderia ter era de que, ocorrendo um “ataque” ou algo que atente contra a integridade física do colaborador, outros possíveis colaboradores, ao ver aquilo, e entendendo como um “sinal” do que acontece com quem delata, poderiam posteriormente decidir não colaborar com a Justiça. Isto, sem dúvida alguma, traria um prejuízo aos órgãos públicos, tendo em vista que, em crimes difíceis de investigar, a colaboração pode ser fundamental para trilhar um caminho a ser seguido. O inciso IV encontra relação com o art. 217 do Código de Processo Penal, cuja redação dispõe que, se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Em seu parágrafo único, o dispositivo determina que esta decisão do juiz deverá ser fundamentada. A doutrina vem entendendo que, no caso do colaborador, não se exigirá fundamentação por parte do juízo, pois isto deriva de mandamento da Lei nº 12.850/13, que traz esta possibilidade como um direito seu.

Com esse entendimento, Masson e Marçal (2018, p. 293) afirmam:

Entretanto, diversamente do disposto no parágrafo único do art. 217 do CPP, que exige do juiz uma motivação para a retirada do réu, o inciso em comente dispensa fundamentação judicial, sendo cogente a realização da audiência sem contato visual entre o colaborador e os demais acusados

Lima (2018, p. 731) entende da mesma forma:

No entanto, diversamente do quanto disposto no art. 217, parágrafo único, do CPP, que exige que a retirada do acusado da sala de audiências seja fundamentada pelo juiz, parece-nos que o fato de o colaborador participar das audiências sem contato visual com os outros acusados deriva da própria Lei nº 12.850/13 (art. 5º, IV), daí por que não há necessidade de motivação expressa nesse sentido

Quanto ao inciso V do dispositivo em comento, este aduz que é direito do colaborador não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito. Com base nisto, para garantir maior eficácia ao inciso, convém novamente afirmar que o art. 18, da Lei nº 12.850/13, tipifica como crime, punido com reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa, a conduta de revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador sem sua prévia autorização por escrito. Este inciso se direciona aos meios de comunicação em massa, que têm o dever de sigilo em relação ao colaborador, sendo ressalvada a hipótese de quando este der prévia autorização por escrito. Há aqueles que suscitam que o referido inciso viola a liberdade de expressão. A doutrina majoritária vem entendendo que não viola:

Um dos pilares de um Estado Democrático de Direito é a liberdade de expressão, compreendida como a possibilidade de difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões, mediante a palavra escrita ou qualquer outro meio de reprodução. No entanto, se aos órgãos de informação é assegurada a maior liberdade possível em sua atuação, também lhes impõe o dever de não colocar em risco a integridade física e/ou a própria vida do colaborador e de seus familiares (LIMA, 2018, p. 732)
[...] embora a opinião pública tenha direito de saber da existência e do teor do processo criminal, *ex vi*, do §1º do art. 220 da Carta de 1988 [...], o próprio preceito constitucional ressalva o direito à intimidade, à imagem, e à vida privada (art. 5º, X, da CRFB/88). Os veículos de imprensa e o público em geral não possuem direito de conhecer os pormenores da persecução, incluindo a identidade e a imagem do colaborador, informações que interessam estritamente às partes [...] (SANTOS, 2017, p. 183)

Se de um lado a Constituição Federal prevê a liberdade de expressão como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, do outro, esta liberdade não é absoluta. Pois em um conflito aparente de normas, a vida, a liberdade e a integridade física do colaborador prevalecem sobre aquela, pois é preservado igualmente o seu direito de privacidade, haja vista que, além do interesse público estar em jogo, está também a integridade física do colaborador e de seus familiares.

Por fim, o inciso VI prevê que o colaborador cumprirá pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. Trata-se, novamente, de proteger a integridade física do colaborador, pois, como é de notório saber de todos, seria de toda uma ingenuidade se acreditar que aquele que revelou informações sobre uma organização criminosa, entregou a sua cúpula, apresentou informações e imputou crime a outrem, etc., não sofrerá nenhum tipo de represália, tanto “fora”, como dentro da cadeia, em futuro cumprimento de pena a ele imposta em caso de condenação. Com base nisto é que o legislador trouxe, como um direito seu, cumprir pena em estabelecimento diverso dos corréus delatados condenados. Corroborando com esta ideia, Lima (2018, p. 732): “a evidencia, manter o colaborador preso no mesmo presídio que os demais integrantes da organização criminosa equivaleria a instituir, do ponto de vista prático, verdadeira pena de morte”.

Com efeito, a doutrina menciona que esta hipótese poderá ocorrer mesmo antes de condenação, em um caso de prisão cautelar. Com esse entendimento, Masson e Marçal (2018, p. 295):

É de perceber que esse direito não alcança só o *colaborador-condenado*. Com esteio na conjunção dos arts. 5.º, I e 6.º, V da Lei 12.850/13 com o art. 15, § 1.º da Lei 9.807/1999, é possível que mesmo o *colaborador cautelarmente* preso seja “custodiado em dependência separada dos demais presos”, como medida de proteção

Com isso, a proteção ao colaborador deverá ser dada mesmo antes de uma sentença condenatória, como em um caso de prisão preventiva cautelar, para resguardar sua integridade física e psíquica (aludiu-se à psíquica, porque estando em mesmo estabelecimento prisional que outros integrantes da organização por ele delatados, o colaborador “não ficaria em paz” devido ao medo constante de violação de sua integridade física).

A Lei de Organizações Criminosas foi correta em estabelecer os direitos do colaborador em forma de proteção a ele e à sua família. De nada adianta o Estado querer obter informações e não oferecer meios de proteção a quem às presta. Na “lei do crime” sempre prevaleceu o silêncio nas relações entre os membros de uma organização criminosa. A aquele que descumpra a “lei”, a morte poderá ser certa e servir de exemplo para os outros, o que, além de ser uma grave violação a quem delatou, serve também como óbice para futuras colaborações de outras pessoas, que, com base neste “exemplo”, ficariam com medo de delatar e

prestar informações, acarretando prejuízo para o Estado, que, no mais das vezes, perfaz-se por necessário uma colaboração para o andamento das investigações em crimes que costumam não deixar rastros.

A publicidade ao acordo e ao que resultou dele deve servir como base para a população ter conhecimento e apoiar operações que visam aplicar o império da lei sobre todos, devendo, então, conquistar a opinião pública. Como disse Gomes (2017, p. 204), “sem a mídia e sem o apoio popular, a Lava Jato naufraga, como naufragou a Mãos Limpas na Itália”. No entanto, essa publicidade a todo custo encontrara óbice no art. 5º, II e V, da Lei nº 12.850/13, bem como no art. 5º, LX, da Constituição Federal de 1988, que aduz, *in verbis*, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Desta forma, a identidade poderá ser restringida, pois importará em interesse somente das partes, nos termos da Constituição.

6.5 Rescisão, Anulação e Retratação do Acordo

Mesmo que homologado, o acordo poderá ser posteriormente desfeito, pela rescisão, anulabilidade ou retratação.

Para se poder falar em um acordo, deve haver sempre uma convergência de vontades. Trazendo isto para o âmbito da colaboração premiada, o Estado tem interesse em informações que o pretense colaborador tem conhecimento, ao passo que este tem interesse em receber um dos prêmios legais em seu favor.

Nos termos do art. 4º, § 10º, da Lei nº 12.850/13, as partes podem retratar-se da proposta e, ocorrendo isso, as provas produzidas pelo colaborador autoincriminatórias não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Como o dispositivo legal não faz qualquer menção ao responsável pela retratação, compreende-se que pode ser tanto o Ministério Público, quanto o próprio colaborador. Não se faz análise quanto ao Delegado de Polícia, pois este não é “parte”.

Lima (2018, p. 738) explica:

[...] tanto o Ministério Público, quanto o acusado podem se arrepender da proposta formulada. À evidência, esta retratação só pode ocorrer até a homologação judicial do acordo. Fosse possível a retratação após sua

homologação judicial, o Ministério Público poderia celebrar um *falso* acordo de colaboração premiada, obtendo, por consequência da homologação judicial, todas as informações necessárias para a consecução de um dos objetivos listados nos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/13 para, na sequência, retratar-se do acordo, privando o colaborador da concessão do prêmio legal acordado. (grifo nosso)

Dessa forma, para o autor (2018, p. 738), a retratação somente poderá ocorrer antes da homologação judicial do acordo, pois, se ocorresse posteriormente a isto, como o dispositivo legal não faz qualquer menção a quem poderá se retratar, o Ministério Público poderia celebrar um acordo, obter as informações que fossem necessárias e de seu interesse e, posteriormente, retratar-se, privando o colaborador de receber o prêmio legal a seu favor.

Em posicionamento diverso ao do autor (2018, p. 738), a doutrina pátria diverge acerca do momento juridicamente adequado para a retratação.

Santos (2017, p. 164) entende que a retratação poderá ocorrer até a prolação da sentença, seja antes ou após a homologação do acordo:

Concordamos, de antemão, que, após a prolação da sentença, descabe retratação. A prestação jurisdicional foi entregue, valorando-se a delação, que possui valor probatório. O processo é um caminhar evolutivo, e não involutivo. Antes desse marco, o colaborador pode retratar-se, como consectário lógico e indeclinável da autodefesa, que é uma das expressões da ampla defesa – art. 5º, LV, da Constituição da República –, seja antes ou após a homologação do acordo, independentemente da anuência ou não do Ministério Público. (grifo do autor)

Já para Nucci (2017, p. 76): “essa retratação deve ocorrer *depois* da homologação do juiz e *antes* da sentença condenatória”. Dessa forma, para o autor, somente se prevê possível a retratação posteriormente a homologação.

Masson e Marçal (2018, p. 273) afirmam acerca de seus entendimentos:

[...] a retratação pode ocorrer *desde a celebração do acordo*, portanto, em momento anterior à homologação judicial, *até a sentença*. Contudo, *da celebração até a homologação*, poderá acontecer pela vontade de *apenas uma das partes*. A qualquer delas é dado desistir da avença. Uma vez *homologado*, o acordo poderá ser desfeito *até a sentença*, entretanto, nesse caso, *ambas as partes* deverão subscrever o distrato a ser cancelado em juízo. Esse entendimento visa a evitar a má-fé e a deslealdade processual (v.g., imagine-se a hipótese em que, após a homologação do acordo, o MP lograsse conseguir do colaborador as informações de que necessitava para dismantelar uma organização criminosa. Depois disso, e antes da sentença, por cego desejo de justiça, poderia o membro do *Parquet* retratar-se do acordo tão somente para retirar do colaborador a possibilidade de

prêmio. Evidente deslealdade, no exemplo). De todo modo, *após a sentença*, não há falar em distrato. Como se sabe, é na sentença que o benefício acordado será efetivamente aplicado. Prolatada a sentença, e efetivado o prêmio, não se pode mais falar em retratação

Nesta corrente adotada pelos autores (2018, p. 273), a retratação poderia ocorrer desde a celebração do acordo, até a sentença. No entanto, estabelecem requisitos distintos acerca do momento em que ocorrer. Ocorrendo a retratação antes da homologação, esta poderia se dar unilateralmente, com a vontade de apenas uma das partes. De modo diverso, se posterior à homologação, ambas as partes, em comum acordo, devem aceitar a retratação. Os autores (2018, p. 273) postulam dessa forma, de modo a evitar a má-fé por parte do Ministério Público, o qual poderia, posteriormente à obtenção das informações que são de seu interesse, retratar o acordo, de modo que o colaborador não iria receber o prêmio legal.

Com relação à retratação do acordo e o prêmio legal do qual seria o colaborador beneficiado, Santos (2017, p. 166) aponta:

Não obstante a retratação do imputado, as suas declarações, e as provas delas derivadas, são lícitas e passíveis de valoração jurisdicional, de maneira que, se presentes os requisitos legais, o juízo poderá premiar a colaboração, conforme já reiteramos, inclusive com lastro em precedente da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal

Para o autor (2017, p. 166), mesmo ocorrendo a retratação do imputado, suas provas poderão ser passíveis de valoração pelo juiz. Deste modo, se presente os requisitos legais, o colaborador deveria ser premiado.

Com relação às provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador, Silva (2015, p. 68):

Pretendeu o legislador, ao que parece, impedir que o colaborador, após renunciar o ao acordo, seja condenado com base tão somente em suas declarações, o que se mostra compatível com os termos do art. 200 do Código de Processo Penal. Contudo, as demais provas colhidas validamente, derivadas da colaboração, poderão ser regularmente introduzidas no processo e valoradas quando da sentença

Quanto a isso, Santos (2017, p. 163):

Não por outra razão, o §10 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 adverte que, não obstante a retratação, 'as provas autoincriminatórias produzidas pelo

colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, e sim contra todos os demais réus. (grifo do autor).

Conforme o entendimento pátrio, as provas não oriundas da colaboração retratada, por força do § 10, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, não poderão ser utilizadas exclusivamente em desfavor do colaborador. No entanto, em relação aos demais réus, as provas introduzidas regularmente no processo poderão ser utilizadas contra eles.

Com esse entendimento, Masson e Marçal (2018, p. 275): “portanto, os efeitos da retratação devem ficar limitados, exclusivamente, às provas que incriminem o colaborador, e não o delatado”.

Conforme o saudoso Min. Teori Zavascki (Inq. 3979, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje-267, 16 de dezembro de 2016, p. 2):

Até mesmo em caso de revogação do acordo, o material probatório colhido em decorrência dele pode ainda assim ser utilizado em face de terceiros, razão pela qual não ostentam eles, em princípio, interesse jurídico em pleitear sua desconstituição, sem prejuízo, obviamente, de formular, no momento próprio, as contestações que entenderem cabíveis quanto ao seu conteúdo. Precedentes

Uma parte da doutrina aponta que a retratação não pode se dar por parte do Ministério Público:

[...] a retratação não cabe ao Ministério Público. Se os resultados discriminados no acordo de colaboração não foram alcançados, simplesmente opinará ao juízo, nas alegações finais, pela condenação do colaborador, sem outorga de qualquer benesse, porque ausente os requisitos legais. A menção às partes, no §10 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, não pode ser potencializada para alcançar o *Parquet*, referindo-se, em verdade, ao delator e seu defensor. Ninguém mais (SANTOS, 2017, p. 166). A lei faz menção ‘às partes’ quando trata da retratação. Um eventual arrependimento por parte do colaborador, embora pouco provável ante os benefícios a que fará jus, até é compreensível; porém, um eventual arrependimento por parte do Ministério Público afigura-se incompatível com a natureza do instituto, pois trairia a confiança nele depositada, sendo certo que, nos termos da Lei, ainda poderia usufruir dos reflexos da colaboração na identificação de outras provas. Ressalte-se que retratação não se confunde com revogação, que poderá ocorrer quando houver quebra de uma das cláusulas do acordo, como a falta da prometida efetividade na apuração dos fatos ou a delação parcial em juízo (SILVA, 2015, p. 68)

Para essa parcela da doutrina, o arrependimento por parte do Ministério Público não poderia ocorrer, pois, além de poder utilizar as provas que foram trazidas por reflexos da colaboração premiada, ainda trairia a confiança

depositada no órgão, de modo que, para esta parcela da doutrina, o § 10, do art. 4º, da Lei 12.850/13, que faz menção ao termo “as partes”, deverá ser interpretada como o delator e seu defensor. No entanto, nos termos do entendimento de Masson e Marçal (2018, p. 271): “o distrato pode, pois, se operar simplesmente pela vontade de qualquer das partes (ou de ambas) de não mais dar prosseguimento à avença”. Há de se compreender a divergência doutrinária acerca do assunto no ordenamento pátrio.

Encerrado o estudo sobre a retratação do acordo, passa-se ao estudo do instituto da rescisão.

Nos termos das posições de Masson e Marçal (2018, p. 269):

A rescisão do pacto premial vem inserida na avença em forma de cláusula e diz respeito ao descumprimento daquilo que foi acordado entre as partes. Quando a causa de sua ocorrência é *imputada ao colaborador*, duas são as principais consequências da rescisão: a) a perda do prêmio negociado; b) a manutenção das provas – inclusive autoincriminatórias – produzidas pelo colaborador (o que não acontece na *anulabilidade* e na *retratação*). Assim, caso a sentença ainda não tenha sido proferida, havendo a rescisão do acordo de colaboração premiada por *fato imputável ao colaborador*, é possível a utilização pelo MP de todas as provas já produzidas em seu desfavor ou contra terceiros. Se o fato já estiver julgado, extingue-se o que foi acordado e desconsidera-se o prêmio alcançado pelo condenado, impondo-se o cumprimento da penal tal como fixada na sentença

Logo de início, consegue-se compreender uma diferença considerável entre a retratação do acordo e sua rescisão. Esta se opera quando descumprida uma cláusula imposta, de modo que, quando o colaborador deu causa, as provas, inclusive autoincriminatórias, poderão ser utilizadas em seu desfavor. Outro fator que se observa é que o colaborador perde o prêmio legal convencionado, de modo que, caso o fato já esteja julgado, o colaborador deverá cumprir a pena fixada na sentença.

Nestes termos, Lima (2018, p. 738) conceitua o instituto da rescisão:

Por sua vez, a *rescisão* do acordo de colaboração premiada ocorre quando uma das partes – Ministério Público ou acusado – descumprir as obrigações assumidas por ocasião da celebração da avença. Ora, como espécie de negócio jurídico processual regido pelo princípio da boa-fé, o acordo de colaboração premiada deve ser observado por ambas as partes. Não o sendo, estará sujeito à rescisão

O autor (2018, p. 738) vai no sentido de que, como negócio jurídico processual, a rescisão se dará quando descumprida uma das obrigações

assumidas. Consagra, ainda, o princípio da boa-fé, de forma que as cláusulas do acordo devem ser observadas por ambas as partes.

Quanto às consequências da rescisão, Lima (2018, p. 738) estabelece:

As consequências decorrentes da rescisão dependem da parte que a ela deu causa. Quando a causa da rescisão puder ser imputada exclusivamente ao colaborador, dar-se-á a perda do prêmio negociado, assim como o aproveitamento integral das provas por eles fornecidas, inclusive as autoincriminatórias – aspecto este que a diferencia da retratação

O autor (2018, p. 738) também anda no sentido de aproveitamento integral das provas que foram fornecidas pelo então colaborador, mesmo as autoincriminatórias, que poderão ser utilizadas integralmente, tanto em seu desfavor, como de terceiros.

Quando o Ministério Público der causa à rescisão, Lima (2018, p. 739) estabelece: “havendo a rescisão do acordo por fato imputável ao Ministério Público, ‘o colaborador poderá, a seu critério, fazer cessar a cooperação, assegurada a manutenção dos benefícios concedidos e as provas já produzidas””.

Com efeito, Masson e Marçal (2018, p. 270) apontam possíveis causas de rescisão do acordo por parte do colaborador:

Calha observar que, na práxis, têm-se considerado motivo suficiente para a rescisão do acordo, entre outros, os seguintes *atos atribuídos ao colaborador* que age de má-fé: a) reserva mental (pela qual se sonega a verdade) ou mentira em relação aos fatos em apuração; b) adulteração ou destruição de provas que tinha em seu poder ou sob sua disponibilidade, após a celebração do acordo; c) recusa a prestar informações de seu conhecimento relacionadas ao objeto do acordo; d) recusa a entregar documento ou prova que tenha em seu poder ou sob a guarda de pessoa sujeita a sua autoridade ou influencia, salvo se, diante de eventual impossibilidade de obtenção direta de tais documentos ou provas, o colaborador indicar a pessoa que o guarda e o local onde poderá ser obtido; e) prática de crime doloso da mesma natureza dos fatos em apuração após a homologação judicial da avença; f) fuga; g) tentativa de furtar-se à ação da Justiça Criminal etc

Inúmeras causas são passíveis de ocasionar a rescisão do acordo por parte do colaborador. Em todas causas, este age de má-fé com os termos do acordo.

Em sentido contrário, o Ministério Público também poderá dar causa à rescisão do acordo, de modo que é oportuna a citação de Masson e Marçal (2018, p.

271) sobre as possíveis causas de rescisão do acordo por fatos atribuídos ao *Parquet*.

Com efeito, são comuns cláusulas de rescisão do pacto fundados na circunstância (a) de o *Parquet* não pleitear em favor do colaborador os benefícios legais acordados; (b) de não serem assegurados ao colaborador os direitos previstos no art. 5.º da Lei 12.850/13; e (c) de o MP quebrar a sigilosidade da avença

De toda sorte que, como negócio jurídico processual que é, no acordo de colaboração premiada, ambas as partes poderão dar causa à sua rescisão, de forma que, a depender de quem lhe deu, as consequências serão diferentes.

Superado o instituto da rescisão do acordo, passa-se ao instituto da anulabilidade, que traz consequências diversas.

Para Lima (2018, p. 739), ao discorrer sobre anulabilidade do acordo:

[...] opera-se a *anulação* do acordo de colaboração premiada quando esse negócio jurídico processual estiver contaminado por algum defeito (CC, art. 166), tal como: a) não participação do defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, violando-se a regra do art. 4º, §15, da Lei n. 12.850/13; b) ausência de voluntariedade do colaborador em participar da avença, como pode se dar se acaso comprovada eventual constrangimento por parte da Polícia ou do Ministério Público; c) não advertência quanto ao direito ao silêncio

Nestes mesmos termos, Masson e Marçal (2018, p. 270) aduzem:

Por sua vez, o instituto da anulabilidade do acordo de colaboração premiada terá vez quando o negócio jurídico contiver *defeito*. Assim, por exemplo, provada a eventual *coação* ao colaborador, torna-se factível a anulação do acordo, mesmo porque, *in casu*, restará maculada a necessária voluntariedade (LCO, art. 4.º, § 7.º)

Há de se notar que as causas de anulação do acordo de colaboração premiada são diversas e, em todas elas, o negócio jurídico tem um defeito passível de nulidade do acordo.

Operada a nulidade do acordo, suas consequências são diversas, conforme Lima (2018, p. 739):

Reconhecida a nulidade do acordo de colaboração premiada, seja no momento da homologação da avença pela autoridade judiciária – o art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/13, prevê que, uma vez realizado o acordo, o termo será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, *legalidade e voluntariedade* –, seja por ocasião da decisão

final do processo – à luz do art. 966, §4º, do novo CPC, os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e *homologados pelo juízo estão sujeitos à anulação* –, a consequência inevitável será o reconhecimento da ilicitude de todas as provas fornecidas pela colaborador e daquelas daí derivadas (teoria dos frutos da árvore envenenada). Destarte, na eventualidade de restar comprovado que um dos integrantes de uma organização criminosa fora constrangido a firmar um acordo de colaboração premiada em virtude de ameaças a seus familiares, tendo, por força disso, identificado os demais coautores e partícipes do grupo e apontado a localização do produto direto e indireto da infração penal, a anulação do negócio jurídico acarretará o reconhecimento da ilicitude das provas e daquelas daí derivadas, nos termos do art. 157, *caput* e §1º, do CPP

Com isso, operada a anulação do acordo por um vício, todas as provas produzidas pelo colaborador, bem como aquelas que dela se derivaram, serão consideradas ilícitas. Desta forma, segundo Masson e Marçal (2018, p. 271), “declarando-se a anulabilidade do acordo, cai por terra todo e qualquer elemento probatório dele emanado”.

Neste sentido, tem-se Costa (2017, p 190-191), ao discorrer sobre a voluntariedade do acordo:

Se o vício da voluntariedade implica na nulidade absoluta da colaboração premiada, seu reconhecimento pode ser efetuado pelo juiz de ofício e a qualquer tempo. Isso significa que a análise da voluntariedade da colaboração premiada não fica restringida ao momento da homologação do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13). Se, após a homologação do acordo vier ao conhecimento do juiz que há um vício que retirou a vontade efetiva do agente para a prática do ato, sua nulidade absoluta deve ser decretada. Assim, a obtenção de provas por meio de uma colaboração não voluntária configura-se como verdadeiro ato ilícito, pois viola uma norma material que, muito além de servir aos interesses processuais, é, também, um direito reconhecido ao indivíduo

Para o autor (2017, p. 190-191), a consequência de um vício quanto à voluntariedade acarreta a nulidade absoluta do acordo de colaboração premiada e, em decorrência disto, pode ser suscitada a qualquer tempo, não somente no momento da homologação do acordo pelo juiz.

7 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À COLABORAÇÃO PREMIADA

A doutrina Brasileira se divide em argumentos contra e a favor da colaboração premiada no ordenamento pátrio. Boa parte de tais argumentos pode ser colhida no entendimento de Nucci (2018, p. 579):

São pontos negativos da delação premiada: a) oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social; b) pode ferir a proporcionalidade da aplicação da pena, pois o delator receberia pena menor do que os delatados, cúmplices que fizeram tanto ou até menos que ele; c) a traição, em regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a *lei do silêncio*, que, no universo do delito, fala mais alto; f) o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; g) há um estímulo a delações falsa e um incremento a vinganças pessoais

Para o Professor (2018, p. 579), são inúmeros os argumentos contrários à colaboração premiada, como forma antiética de traição, que é oficializada pela Lei, além de ferir a proporcionalidade da pena, pois o delator, na grande maioria dos casos, receberia pena menor que os delatados, entre outros.

Em posição oposta:

Não se investiga esse tipo de delito, muito menos os que decorrem da constituição de uma organização criminoso, valendo-se de meios ortodoxos e vetustos. Imaginar que uma investigação sobre a composição e *modus operandi* de uma organização criminoso seja bem feita apenas com a requisição de documentos, a colheita de depoimentos de testemunhas (*se é que alguém se aventuraria a tanto!*) e o interrogatório de suspeitos é ignorar por completo as dificuldades inerentes ao combate efetivo e sério ao crime organizado (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 181)

A investigação de tais crime é completamente dificultosa, tendo em vista que são crimes praticados, na maioria das vezes, em segredo, entre quatro paredes, de modo que dificilmente deixam rastros, já que são utilizados inúmeros meios para que as transações, por exemplo, pareçam legais e legítimas. Com isso, o Estado necessita utilizar de aparatos novos, de meios eficazes para combater os complexos crimes típicos das organizações criminosas, de forma que não pode se valer de meios remotos para a investigação e consequente punição dos praticantes de tais ilícitos.

Quem acredita nesta utopia pode sofrer da “Síndrome de Alice”:

[...] é fundamental que o direito e o processo penal tenham maior efetividade no enfrentamento da criminalidade moderna. E isso não representa em hipótese alguma um discurso autoritário, arbitrário, como tende a entender parcela da doutrina, que, de forma generalizada, tacha de “neonazistas”, de retrógrados, de defensores do movimento de ‘lei e ordem’, do direito penal do inimigo, de antidemocráticos, de filhotes da ditadura etc. todos aqueles que advogam a restrição de algumas garantias processuais em casos limites de criminalidade grave, e isso quando é de conhecimento notório que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos [...] Essa postura preconceituosa e antidemocrática de certa parcela da doutrina revela um comportamento típico de quem foi cometido, pode-se dizer, pela ‘síndrome de Alice’, pois mais parece viver num ‘mundo de fantasia’, com um ‘direito penal da fantasia’, onde não existem homens que – de forma paradoxal – são movidos por verdadeiro descaso para com a vida humana; um mundo no qual não existem terroristas e nem organizações criminosas nacionais e internacionais a comprometer as estruturas dos próprios Estados e, por conseguinte, o bem-estar da coletividade e sobrevivência humana (FREIRE JR; MIRANDA; 2009 apud Masson; Marçal, 2018, p. 181-182)

Os autores (2018, p. 181-182) explicam muito bem o que seria a síndrome de Alice, que sofrem aqueles que criticam vorazmente o instituto, com um viés utópico, de um mundo perfeito onde todas as investigações têm sucesso, sem se precisar restringir algumas garantias. São pessoas que parecem viver em outro mundo e não no mesmo em que hoje se vive, no qual a criminalidade organizada está presente em toda a sociedade e precisa de um combate efetivo e sério.

Segundo Nucci (2018, p. 579), quanto aos argumentos favoráveis:

São pontos positivos da delação premiada: a) no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem com as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado; b) não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber pena mais severa. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave; c) o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objeto almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; a delação seria a *traição de bens propósitos*, agindo *contra* o delito e em favor do Estado Democrático de Direito; d) os fins podem ser justificados pelos meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico; e) a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador; f) o Estado já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constar pela transação, prevista na Lei 9.099/95. A delação premiada é, apenas, outro nível de transação; g) o benefício instituído por lei para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices, pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência à regeneração interior, o que seria um dos fundamentos da

própria aplicação da pena; h) a falsa delação, embora possa existir, deve ser severamente punida; i) a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não ode ser empecilho para a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro plano, a criminalidade organizada

Diante do exposto, fica evidente que os pontos positivos são maiores do que os pontos negativos da colaboração premiada. Este é um importante meio que o Estado pode se utilizar para combater o crime organizado presente em todo o país. Há necessidade de se valer de mecanismos modernos, que sejam capazes de enfrentar o crime, não podendo o Estado abrir mão deste importante negócio jurídico, pois, em esquemas de corrupção sistêmica, por exemplo, são necessários métodos especiais de investigação, que sejam eficazes para combater a prática delitiva, pois são crimes que, em sua grande maioria, são praticados em segredo.

Nucci (2018, p. 580) aduz as consequências em um caso de rejeição da colaboração premiada no ordenamento:

A rejeição à ideia da delação premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria *moralmente* aceitável. Se os criminosos atuam com leis próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada. A *lei do silêncio*, no universo criminoso, ainda é mais forte, pois o Estado não cumpriu sua parte, que é diminuir a impunidade, atuando, ainda, para impedir que réus colaboradores pereçam em mãos dos delatados

Uma das razões de ordem prática que faz necessária a adoção da colaboração premiada, segundo Lima (2018, p. 708), é a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da lei do silêncio que está sempre presente no âmbito das organizações criminosas. Dessa forma, as colaborações dariam um “norte” aos órgãos de persecução penal. Além disso, também dariam a oportunidade para o Estado quebrar o caráter coeso daquelas, pois criariam uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade de se realizar o acordo.

Por uma última vez, são oportunas as palavras de Nucci (2018, p. 580):

[...] parece-nos que a delação premiada é um *mal necessário*, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se de denunciar coautores ou partícipes. No universo dos seres humanos de bem, se dúvida, a traição

é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por *leis* esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais

Para o professor (2018, p. 580), o instituto seria realmente um mal necessário de que se precisa. Pois, como é notório, as organizações criminosas estão cada vez mais articuladas e com ampla penetração no Estado. Dessa forma, precisa-se de meios eficientes para combatê-la. Portanto, é um instituto que deve ser incentivado frente ao crescimento contínuo do crime organizado, tratando-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das organizações criminosas, pois possibilita que um de seus membros possa se arrepender, entregando os demais, proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade organizada.

8 COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE ALEM DO ÓBVIO

A colaboração premiada pressupõe uma cooperação por meio da qual o acusado (ou investigado/sentenciado), confessando a prática do ilícito, delata outros, fornecendo informações de que não tinham conhecimento os órgãos de persecução penal, informações estas que sejam objetivamente eficazes para atingir um dos objetivos previstos em lei e, com isso, haja a concessão das benesses legais em favor do colaborador.

Isso já se sabe. Além do óbvio, em quais fatores externos a colaboração premiada influencia? Ela seria apta a servir como um método anticorrupção? A ascensão da colaboração premiada no ordenamento poderia prevenir as práticas delituosas envolvendo agentes do Estado? Estariam os agentes envolvidos em tais crimes com medo de serem delatados? O fato de existir a possibilidade de um cúmplice realizar um acordo de colaboração premiada inibiria a corrupção?

O Brasil vive, há muitos anos, uma verdadeira corrupção sistêmica. A corrupção política-empresarial invadiu o sistema e lá se consolidou, formando uma verdadeira organização criminosa, valendo-se do exercício da função pública, ou de influência sobre ela, para roubar, desviar verbas, obter vantagens ilícitas, entre outras condutas.

Impossível seria falar de corrupção, de colaboração premiada, sem falar da operação Lava Jato, que teve início em 2014, e, dada a sua ampla publicidade pela mídia, assustou alguns brasileiros que não tinham noção da proporção que a corrupção tomou no país, além de que acordou outros para a realidade em que se vive. Realidade essa em que propinas são pagas para fechar contratos, obras são superfaturadas, verbas são desviadas e quem tem mais dinheiro para pagar alguma porcentagem ao funcionário público tem vantagens competitivas em relação aos outros.

A operação Lava Jato concretizou o que nunca foi imaginado antes, conseguindo chegar aos mais poderosos da cleptocracia (governo de ladrões), fazendo parte de uma verdadeira guerra, na qual, a todo momento, os corruptos criticam os seus métodos e tentam implodi-la, para tentar continuar como sempre foi, com a certeza de que nunca seriam punidos. As delações da construtora Odebrecht

assustam até mesmo os membros do judiciário com as revelações que foram prestadas.

A corrupção, então, torna-se cada dia mais alarmante, atingindo níveis inimagináveis, valores extraordinários, e um grande número de pessoas, entre políticos, funcionários públicos, empresários e qualquer um que aceite realizar acordos bilaterais para enriquecimento ilícitos.

Segundo Gomes (2017, p. 65):

A Lava Jato não pode parar porque saber que seu ato está sendo visto ou provavelmente será conhecido por terceiros é fator inibidor da corrupção e do oportunismo. O medo de ser descoberto gera ansiedade, porque em jogo está a reputação da pessoa

A cada acordo de colaboração premiada que é consolidado, o medo por parte dos corruptos aumenta, o medo de ser delatado, de suas falcatruas serem entregues por aquele que era seu “cumplice” e hoje está contando tudo o que sabe, ou que ao menos tinha conhecimento dos seus atos ilícitos, o medo de ser preso, a vergonha perante seus familiares (que na grande maioria são coniventes), isto, sem dúvida alguma, gera uma inibição em praticar atos de corrupção.

Fazendo uma analogia com a ciência da criminologia, pode-se dizer, até mesmo, que a colaboração premiada possa servir como um meio de prevenção delitiva indireta, que foca no indivíduo e no meio em que ele vive. O indivíduo é analisado sobre o prisma de seus aspectos personalíssimos. O meio em que vivem deve ser analisado, porque ele pode levar o indivíduo à criminalidade e ser um fator que estimula a alteração de seu comportamento. Os indivíduos que cometem os crimes do “colarinho branco” são, na grande maioria das vezes, grandes empresários, ocupantes de cargos públicos, políticos com fácil trânsito em todas áreas governamentais e de prestígio. O meio em que vivem é o meio político-empresarial, de reuniões entre as cúpulas do alto escalão, visando praticar atos delitivos em proveito próprio e desaproveito da sociedade e lesão ao erário público, como sujeito passivo destes crimes.

Dessa forma, em analogia, a colaboração premiada pode servir como um meio indireto de prevenção delitiva, pois o indivíduo que pretende praticar algum ilícito repensará a sua conduta, haja vista a ampla possibilidade de alguma pessoa do seu grupo ser descoberta e, posteriormente, realizar um acordo de colaboração,

no qual, ao assumir o delito e prestar informações, possa ser atingido e ter seus crimes descobertos, servindo então a colaboração como um fator inibidor dos atos de corrupção praticados pelas organizações criminosas políticas-empresariais.

Além de meio indireto de prevenção, acredita-se que a colaboração premiada poderá ser classificada também como meio direto, que são aqueles direcionados à infração penal em si. Sendo oportuna a passagem de Penteado Filho (2018, p. 106): “grande valia possuem as medidas de ordem jurídica, entre as quais se destacam aquelas atinentes à efetiva punição de crimes graves, incluindo os de colarinho branco”.

A colaboração é uma medida jurídica que efetivará a punição – ressalvados os casos de perdão judicial ou não oferecimento da denúncia – ainda que em menor grau, no momento em que o acordo prevê que o acusado deverá assumir o ilícito que praticou.

Pode-se citar, como exemplo, as 77 (setenta e sete) delações da empreiteira Odebrecht, homologadas pela ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia, em 30 de janeiro de 2017, que envolvem mais de trezentas pessoas. Essas delações estão vindo a público pouco a pouco, de modo que a ansiedade dos corruptos deve ser imensa, o medo de dormir e acordar com a Polícia Federal em sua porta é imenso. Isso, sem dúvida alguma, é inibidor, ou, no mínimo, faz pensar duas vezes antes de praticarem falcatruas.

Os corruptos a todo o tempo tentam se blindar para não serem pegos. É oportuna a citação de Gomes (2017, p. 81):

No Japão o político corrupto se mata. No Brasil ele se blinda ou busca a anistia. Da blindagem do sistema inteiro fez parte a indicação de Alexandre de Moraes para ministro do Supremo Tribunal Federal. Alexandre é fruto de um sistema podre e perverso. Se vai confirmar a tarja de suspeitíssimo na testa é outra coisa. Veremos. Em sua sabatina pública prometeu agir com independência. Seus atos dirão

Os níveis alarmantes da corrupção atingem o judiciário. José Sarney já chamou juízes de “cumplices”; Lula, o Supremo Tribunal Federal de acovardado; Renan Calheiros, de “juizecos”. Isto tem algum motivo, e os motivos se comprovam no dia a dia, a cada decisão que os favorece.

A corrupção no Brasil sempre foi rentável. Hoje, a sua rentabilidade tem se tornado duvidosa.

Há duas espécies de organizações criminosas: a mafiosa e a empresarial. Penteado Filho (2018, p. 97-98) nos ajuda a diferenciá-las:

Criminalidade organizada do tipo mafiosa (*Cosa Nostra, Camorra, Ndrangheta e Stida, na Itália; Yakuza, no Japão; Tríade, na China; Cartel de Cali, na Colômbia*), cuja atividade delituosa se baseia no uso da violência e da intimidação, com estrutura hierarquizada, distribuição de tarefas e planejamento de lucros, contando com clientela e impondo a lei do silêncio. Seus integrantes vão desde agentes do Estado até os executores dos delitos; as vítimas são difusas, e o controle social encontra sério óbice na corrupção governamental

Estas seriam as que se conhece como facções criminosas, presentes no Brasil, como o Primeiro Comando da Capital, criada em São Paulo e presente em inúmeros países, e o Comando Vermelho, criado no Rio de Janeiro, que atuam com estrutura organizada, funcionando como um verdadeiro negócio.

Ainda, tem-se uma segunda espécie, que seria a do tipo empresarial. Novamente, Penteado Filho (2018, p. 98) afirma:

A criminalidade organizada do tipo empresarial não possui apadrinhados nem rituais de iniciação; tem uma estrutura empresarial que visa apenas o lucro econômico de seus sócios. Trata-se de uma empresa voltada para a atividade delitiva. Busca o anonimato e não lança mão da intimidação ou violência. Seus criminosos são empresários, comerciantes, políticos, *hackes* etc. As vítimas também são difusas, mas, quando individualizadas, muitas vezes nem sequer sabem que sofreram os efeitos de um crime. Nesse contexto, ganha relevo a discussão doutrinária do direito penal do cidadão contra o direito penal do inimigo. Este, conforme a doutrina de Gunter Jakobs (2007), volta-se para a preservação do Estado e propõe tratamento gravoso aos criminosos que violam bens jurídicos mais importantes (vida, liberdade, dignidade sexual), à semelhança do que ocorre com os terroristas, e aquele de cunho minimalista, em que se defende um sistema mais garantista ao imputado

Neste contexto, entram os crimes do colarinho branco, *white collar crimes*, expressão dada por Edwin Sutherland, em 1939, adotada pela comunidade científica até os dias atuais.

São características destes, segundo Penteado Filho (2018, p. 98-99):

Os crimes do colarinho branco têm duas características próprias e simultâneas: o *status* respeitável do autor e a interação da atividade criminosa com sua profissão. Nesse ambiente, destacam-se os crimes contra a ordem tributária, contra as relações de consumo, contra a economia popular, contra o mercado de ações, os crimes falimentares, os crimes ambientais etc., de modo que seus autores, em regra, são pessoas ou grupos de pessoas de amplo prestígio social e político, com fácil trânsito em todas as áreas governamentais. As propinas, o tráfico de influência e o

favorecimento são, de igual raiz, atividades correlacionadas àqueles ilícitos, que conta com o apoio de agentes públicos ímprobos e desonestos

Estes são o que em sua maioria estão presentes nos acordos de colaboração premiada, que são aqueles crimes praticados por agentes públicos em conjunto com empresários, que, por sua profissão ou condição, tornam-se mais fáceis de serem cometidos.

O tamanho das organizações criminosas no Brasil é fruto de um Estado que não se opôs a isso, um Estado que sempre foi conivente com o que acontece. Pega-se, como exemplo, o Primeiro Comando da Capital em São Paulo e o Comando Vermelho no Rio de Janeiro. O que os diferencia das organizações criminosas que imperam no poder, dos praticantes dos “crimes do colarinho branco”, é apenas o *modus operandi*, o que até mesmo as vezes são mesclados, já que as organizações criminosas privadas mandam matar, mas as políticas, às vezes, também. Deve-se lembrar de Celso Daniel, PC Farias. Os grandes empresários praticam corrupção em forma de doação para campanhas políticas e as facções criminosas já começaram a financiar tais campanhas. Os membros das facções criminosas pagam taxas para serem protegidos. A Odebrecht tinha um departamento próprio para o pagamento de propinas mensais, tudo contabilizado, como se fosse algo legal. O Estado nunca foi temido por nenhuma dessas organizações, pois, de alguma maneira, está envolvido. Seja pela Odebrecht, que, segundo a delação de Cláudio Melo Filho, um ex-executivo da empresa, a construtora pagou R\$ 17 milhões para se fazer aprovar medidas provisórias e projetos de Lei em seu favor, seja pela “compra” de uma vaga no Tribunal de Contas no Mato Grosso, seja pela desembargadora do Amazonas que vendia decisões. A Lava Jato tem mudado essa história. A cada etapa bem-sucedida, o Brasil ganha, a população ganha, o erário público ganha e a democracia ganha.

Um dos institutos que possibilitou a escalada gigantesca da operação, com descobertas inimagináveis de corrupção praticadas pelos velhos políticos e empresários corruptos, foi a colaboração premiada. Os criminosos estão espantados. Não imaginavam encontrar em seu caminho Procuradores da República, Juízes, Delegados de Polícia, Policiais, tão firmes e encorajados com uma vontade incessante por Justiça. A colaboração premiada mudou a forma de se investigar e produzir provas.

8.1 Há Excesso de Colaborações na Operação Lava Jato?

Segundo o Ministério Público Federal (2018, s.p.), os crimes já denunciados pela Lava Jato envolvem o pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões, ao passo que o valor total do ressarcimento pedido, incluindo multas, é de R\$ 39,9 bilhões. Grande parte disso é resultado de colaborações premiadas, pelas quais já foram celebrados 176 acordos. Com relação à quantidade de acordos celebrados, surgem aqueles que criticam, dizendo que há um excesso de colaborações premiadas e que qualquer um pode fazer acordo. Para estes, deve ficar claro que se está diante de um verdadeiro sistema de corrupção, de modo que, para se chegar no topo, é preciso realizar uma escalada. Esta é a verdadeira intenção dos acordos de colaboração premiada: punir e obter informações eficazes.

A cada acordo celebrado, descobre-se uma nova prova, um novo envolvido, um novo corrêu, um partícipe, uma empresa que pagou propinas a governantes, um documento que estava escondido e é isso que tem possibilitado a escalada de operações. Como a Lava Jato pode chegar na cúpula do poder, já era de se esperar que o sistema não iria aceitar isto pacificamente.

As colaborações são de suma importância nestes tipos de crimes. Não importa com quem seja firmado o acordo, desde que tenha algo de novo a acrescentar para as investigações e que seja de interesse do Ministério Público. É necessário descobrir o seu funcionamento interno e também externo, desde com quais bancos estão relacionados, até quais são os intelectuais que são comprados para criticar a Força Tarefa da Lava Jato (Procuradores, Juízes).

Quanto a isto, Moro (2016, p. 7):

Necessários, em esquemas de corrupção sistêmica, métodos especiais de investigação, pois a corrupção é praticada em segredo, não sendo facilmente descoberta ou provada. A colaboração premiada, que rompe a aliança entre corruptor e corrupto, é um desses métodos, mas não o único

A legislação brasileira possibilita a realização deste acordo de colaboração premiada, celebrado nas formas da Lei nº 12.850/13, e não faz distinção com quem realizar e com quem não realizar. Ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia competem analisar as circunstâncias e decidir iniciar as tratativas para celebração do acordo. E isto não significa banalizar o instituto, pois enquanto houver pessoas que queiram colaborar com a Justiça, revelando algo que

os órgãos jurisdicionais não tenham conhecimento, a colaboração deve ser realizada.

Há ainda críticas relacionadas aos benefícios, do ponto de vista criminal. É muito mais relevante se conceder uma pena mais branda com a certeza de punir, pois os colaboradores, além confessar o crime, delatam terceiros, o que possibilita uma escalada na investigação, alcançando-se mais criminosos e, ainda, os prêmios legais somente serão aplicados desde que a colaboração tenha sido efetiva.

Além de tudo, atos de corrupção, na maioria das vezes, são crimes praticados entre quatro-paredes, de modo que seus autores evitam deixar rastros, registros, usam de paraísos fiscais e dinheiro “vivo”, ou seja, são crimes difíceis de serem provados, a produção de provas nestes crimes é um desafio. Quando algum colaborador mostra o caminho a ser seguido, isso melhora o desenvolvimento das operações, que passam a ter um foco do que investigar.

A Lava Jato é constantemente atacada de todos os ângulos. Tentam de alguma forma aniquilar a operação. O instituto da colaboração é criticado tanto por “intelectuais” que fecham os olhos para a gravidade do problema, quanto por colunistas de revistas pagos com dinheiro público desviado. A guerra é constante. Alegam abuso de poder, alegam parcialidade, inventam fatos, dizem que não há prova suficiente, enfim, atos típicos de verdadeiros criminosos que estão realmente com medo de serem atingidos, principalmente quando grande parte dos seus “amigos” já está atrás das grades, desde grandes empresários brasileiros até ex-presidentes.

O foro privilegiado prevalece para os maiores criminosos do país. É um privilégio que fere a isonomia, que deixa criminosos impunes, que faz com que grande parte dos crimes prescrevam.

Gomes (2017, p. 160) aduz quanto às colaborações:

Por força da teoria dos jogos, a perspectiva é de que venhamos a dobrar o número de delatores. [...] o que o fordismo do princípio do século XX representou para o capitalismo, as delações estão fazendo para o desempenho da justiça criminal brasileira no começo do século XXI. Estamos vendo o fim da *omertá*, do silêncio que impera nos grupos mafiosos. O clube da cleptoplutocracia contesta as delações, mas elas são constitucionais, se seguirem o devido processo legal

Dessa forma, não há um porquê em criticar o excesso de acordos de colaboração premiada, já que eles são de suma importância para a apuração da prática delitiva de tais crimes e para o fim da impunidade.

No Supremo Tribunal Federal, os números são alarmantes. Segundo Gomes (2017, p. 164-182) os primeiros inquéritos na Lava Jato do Supremo Tribunal Federal envolviam 45 políticos, incluindo-se, dentre eles, os principais nomes da política nacional. As investigações tiveram resultados somente contra 5 (cinco). Isso mostra que a referida corte não funciona, ou não quer funcionar. De 500 (quinhentos) processos e investigações abertos de 1988 a 2015, somente 16 deles tiveram condenação. Alguns prescreveram. Outros estão aguardando prescrever.

É oportuno o posicionamento de Penteado Filho (2018, p. 99):

Os crimes do colarinho branco, à vista de sua pretensa impunidade, acabam proporcionando a ocorrência da chamada cifra dourada da criminalidade, isto é, o percentual de tais delitos que nem sequer chega ao conhecimento das autoridades

Isto é o que deve ser trabalho pelo Estado para que haja maior conhecimento pelas autoridades de tais crimes, sendo que a colaboração premiada é um importante meio a ser utilizado, pois amplia a possibilidade de combate aos crimes do “colarinho branco”. Caso os órgãos responsáveis por investigar investiguem tais crimes, valendo-se de meios não capazes para tanto, o resultado será o mesmo, isto é, a grande maioria não chegará ao conhecimento e os criminosos continuarão impunes.

Gomes (2017, p. 157) ainda atribui o sucesso da operação a: “os novos métodos de provas, de colaboração e de delação premiada, deram ao processo mais velocidade assim como maior efetividade”.

Como se defendeu acima, a colaboração premiada pode ser classificada como meio indireto de prevenção delitiva. Dessa forma, sua ampla utilização – sempre nos moldes legais – é apta, para além de punir, também inibir a prática de crimes, devendo ser utilizada sempre que necessário.

8.2 O Sistema Contra-Ataca

Dentro da Lava Jato, é constantemente atacado o instituto da colaboração premiada. O receio de aparecer em uma delação é grande, pior ainda é

o de ser preso. O sistema não vai aceitar, com passividade, que a lei esteja funcionando.

Segundo Gomes (2017, p. 188), um dos planos previstos por Romero Jucá para frear a Lava Jato:

Consoante o Procurador-Geral da República (Rodrigo Janot), o propósito desse grupo organizado era aprovar: (1) a proibição dos acordos de delação premiada para réus presos; (2) a eliminação da possibilidade de se executar uma pena após decisão de segundo grau; e (3) reformar a legislação dos acordos de leniência. Desses 'acordoes' iriam participar PMDB, PSDB e PT, sem prejuízo de outros partidos

Conforme descrito, queriam proibir os acordos de delação premiada para réus presos. É clara a intenção daqueles que defendem esta possibilidade, com a máscara de que fere a voluntariedade, ou de que o preso é "coagido" a colaborar por estratégias estatais.

Gomes (2017, p. 188) continua:

O ex-presidente da Câmara Eduardo Cunha deveria ser o 'boi de piranha', o bode expiatório. Imaginava-se que com o "sacrifício" dele a Lava Jato poderia ser estancada. Estavam errados. Mas ainda haveria um 'grande acordão' incluindo o Supremo Tribunal, para liberar Cunha da cadeia

São graves as descobertas de até onde se chega para frear uma operação que está voltando com o império da Lei. A ideia de que a Suprema Corte estaria envolvida é inimaginável em países sérios.

Por fim (Gomes, 2017, p. 191-192):

Faz parte do plano de aniquilamento da Lava Jato a revisão das delações feitas, das prisões preventivas decretadas, das sentenças condenatórias assim como das medidas tomadas, inclusive as reparatórias. Mas o máximo sonho do consumo do crime organizado é o 'anistião', mais amplo e geral possível, e nisso haveria participação inclusive do PT, sem prejuízo dos "acordões" com o Supremo Tribunal Federal, como aquele celebrado no dia 7 de dezembro de 2016, para manter o réu Renan Calheiros na presidência do Senado. Essa é a luta pela sobrevivência da delinquência organizada político-empresarial que está no poder

Diante do exposto, consegue-se compreender que são várias as tentativas de acabar com a Lava Jato. Desde supostos (e não provados) acordos com Ministros, quanto com intelectuais pagos para criticar membros do Ministério Público e da magistratura alegando abuso de poder, mídia conivente fornecendo

informações distorcidas à população, ou realizando editoriais semanais criticando Procuradores e órgãos públicos responsáveis pela persecução penal, isto, de fato, prova que a colaboração premiada é uma “pedra no sapato” da corrupção e serve como um método de anticorrupção, dada à larga escala de tentativas feitas para acabar com ela, ou, ao menos, diminuir a sua eficácia e prejudicar a celebração dos acordos, visto que corruptos não querem ser perturbados, querendo ficar sempre acima do império da Lei.

Com efeito, Gomes (2017, p. 79) alude:

Uma coisa é ser crítico da Lava Jato. Outra distinta é ser seu inimigo. O primeiro grupo quer corrigi-la, ajustá-la e não quer vê-la fora do Estado de Direito. O segundo quer eliminá-la, quer soterrá-la nos escombros da degeneração moral e ética, para que tudo fique como está

A melhor defesa é o ataque. As Mãos Limpas na Itália têm muito a ensinar. Silvio Berlusconi foi eleito por três vezes. O então primeiro-ministro conseguiu acabar com as Mãos Limpas. Sua principal estratégia? Ataques e mais ataques ao procurador Di Pietro (semelhante ao que acontece no Brasil em relação ao juiz Sérgio Fernando Moro e à força-tarefa da Lava Jato), como explanado pelo citado autor, uma coisa é ser crítico da operação, outra, é ser inimigo.

A *mani pulite* também teve seu fracasso decretado devido ao legislativo, inteiramente corrompido, que foi tirando poderes dos procuradores e juízes, utilizando, como pretexto, privilegiar garantias constitucionais (semelhante aos que queriam proibir colaborações premiadas de réu presos, sob o mesmo pretexto e projetos com tipificações de abuso de autoridade a juízes e promotores).

Na Itália, em 1997, houve uma nova lei de abuso de poder em desfavor dos procuradores e juízes. O que aconteceu? Órgãos investigativos bloqueados, de mãos atadas. A história se repete.

9 CONCLUSÃO

Com a presente monografia buscou-se examinar, primeiramente, as operações que utilizaram largamente o instituto da colaboração processual, bem como realizar um estudo específico da colaboração premiada frente à Lei nº 12.850/13. Resultou-se que a referida lei foi essencial para regulamentar o procedimento a ser adotado, os termos do acordo, seus prêmios legais e objetivos, bem como afastou o magistrado das negociações e garantiu maior segurança jurídica ao instituto. Está longe de ser uma disciplina exaustiva e completa da colaboração premiada, no entanto, há de se reconhecer o seu mérito. Compreendeu-se que não são poucas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, que estão sendo lapidadas com o tempo, pois se trata de uma lei relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro.

Reconhece-se que o instituto da colaboração premiada é importante técnica a ser utilizada no âmbito das organizações criminosas, precisamente no combate à corrupção sistêmica que assola o país.

O direito deve se preocupar mais com sua eficiência e efetividade no combate à criminalidade moderna e, em se tratando de colaboração premiada, esta tem se mostrado eficiente no combate ao crime organizado, pois possibilita um avanço nas operações, que, a cada informação prestada por um novo colaborador, traça-se um caminho a ser seguido, pois com o avanço da criminalidade organizada são necessários métodos especiais de investigação, já que, se se utilizar de meios ortodoxos para investigar esse tipo de delito, nada de novo haverá no combate ao crime.

Não se descuidou dos ataques que sofrem o instituto, bem como os que tentam de alguma maneira diminuir o seu âmbito de incidência, pois, se tratando de medida eficaz, seria de todo ingênuo acreditar que o sistema aceitaria isto passivamente.

Acredita-se, ainda, que a colaboração premiada possa servir de meio indireto de prevenção criminal, haja vista sua inibição à prática de atos de corrupção, com a possibilidade de servir como medida de inibitória, ou, ao menos, diminuir a reiteração delitiva, com a retomada do império da lei, culpando-se quem merece e se aplicando a lei penal aos criminosos.

Portanto, este meio especial de obtenção de provas, sendo utilizado nos moldes do ordenamento jurídico pátrio, é totalmente eficaz e necessário, pois é fundamental que o direito e o processo penal se preocupem com sua maior efetividade no combate ao crime, devendo ser utilizado sempre que necessário para possibilitar que os órgãos de persecução penal obtenham êxito no combate à criminalidade organizada, pois não há o que se falar em ética com criminosos. Além disso, pode-se fazer, por necessário, a supressão de algumas garantias, pois estas não são absolutas, ainda mais porque que se vive um verdadeiro descaso, com a criminalidade atuando de forma a comprometer o próprio Estado e, conseqüentemente, a população. Deve-se ter medidas eficazes neste combate e é neste contexto que se insere a colaboração premiada, sendo uma das, mas não a única.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BADARÓ, Gustavo. **O Valor Probatório Da Delação Premiada**: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>>. Acesso em: 21 set. 2018.

BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. **Operação mãos limpas**: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato. Porto Alegre: CDG, 2016.

BEDÊ JUNIOR, Américo; MOURA, Alexandre de Castro. **Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENITES, Afonso. **Para o STF, Sarney merece foro privilegiado; Lula não**. El País. Brasília, DF, 1 mar. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/27/politica/1488234768_809552.html> Acesso em: 23 set. 2018.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. **Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Ordem denegada**. *Habeas-corpus* nº 127.483, Pleno do Supremo Tribunal Federal. Paciente: Erton Medeiros Fonseca, coator: Relator da Pet. 5.244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli, Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. **Homologação de acordo de colaboração premiada**. Petição 7.265. Requerente Ministério Público Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 14 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-devolve-acordo-delacao.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas). Legitimidade de delegados de polícia para acordos de colaboração premiada. Ofensa ao sistema acusatório e**

a moralidade. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para transacionar em ação penal. ADI 5.508. Impetrante: Procurador-Geral da República. Impetrado: Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 26 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5508>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. **Agravo regimental. Acordo de colaboração premiada. Homologação. Competência. Prevenção.** Petição 7.074. Requerente: Reinaldo Azambuja Silva. Requerido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, DF, 29 de junho de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14751660>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. **Inquérito. Ausência de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Licitude dos elementos probatórios colhidos na fase investigativa.** Inquérito 3.979. Autor: Ministério Público Federal. Investigados: Glesi Helena Hoffman, Paulo Bernardo da Silva, Ernesto Kugler Rodrigues. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310969535&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Informativo nº 796.** Brasília, 24 a 28 de ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>>. Acesso em: 28 set. 2018.

MARQUES, Murilo Medeiros. **Os perigos da plea bargain no Brasil.** Canal ciências criminais. Porto Alegre, 31 out. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/plea-bargain/>>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASÍLIA. Ministério Público Federal. **ENCCLA: manual colaboração premiada.** Brasília, 2014. 18 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato.** Revista de Legislação e Jurisprudência. Ano 146.^o, nº 4000, Coimbra: Gestlegal, 2016.

CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça.** Curitiba: Juruá, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre de Moraes da. **Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil.** Florianópolis: Emais, 2018.

DALLAGNOL, Deltan. **Entrevista Jovem Pan News.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5Q5pHYMVok4>>. Acesso em: 22 set. 2018.

DAVIGO, Piercamillo. **Fórum Estadão: Mãos Limpas e a Lava Jato**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1F4Ublx0whY>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. Prefácio da edição italiana *in* BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. **Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a lava jato**. Porto Alegre: CDG, 2016.

Operação Lava Jato. Folha de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <<http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>>. Acesso em: 18 out. 2018.

Ministério Público Federal: Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 18 out. 2018.

D'IPPOLITO, Francesco; FIGUEREDO, Marcelo. Mani Pulite Operação Maos Limpas – 25 anos depois. **Migalhas**. 23 de nov. 2017. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI269664,51045-Mani+Pulite+Operacao+Maos+Limpas+25+anos+depois>>. Acesso em: 18 out. 2018.

BLAY, Milton. Lava Jato: MP suíço investiga contas desde abril. Band. São Paulo, 26 de nov. 2014. Disponível em: <

<https://entretenimento.band.uol.com.br/bandfolia/noticias/100000722073/lava-jato-mp-suico-investiga-contas-desde-abril.html>>. Acesso em: 14 de out. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **O jogo sujo da corrupção**. Bauru: Astral Cultural, 2017.

_____. **Origens da delação premiada e da Justiça consensuada**. Carta Forense. São Paulo, 08 jan. 2015. Disponível em: <

<http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/origens-da-delacao-premiada-e-da-justica-consensuada/14866>>. Acesso em: 25 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13**. Salvador: JusPodivm, 2015.

GUROVITZ, Hélio. **O que as Mãos Limpas ensinam à Lava Jato**. Época. Rio de Janeiro, 18 dez. 2016. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/cultura/helio-gurovitz/noticia/2016/12/o-que-maos-limpas-ensina-lava-jato.html>>. Acesso em: 22 set. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **Legislação criminal especial comentada**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. **Manual de processo penal: volume único**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. Prefácio. *In*: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: Ibccrim, 2015.

_____. **Audiência Pública**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 21 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=a9DxCd3bdIM>>. Acesso em: 08 set. 2018.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORO, Sérgio Fernando. Operação Mãos Limpas: a verdadeira história, *in* BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. **Operação mãos limpas**: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a lava jato. Porto Alegre: CDG, 2016.

_____. Considerações sobre a operação mani pulite, *in* BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. **Operação mãos limpas**: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a lava jato. Porto Alegre: CDG, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Organização Criminosa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado, 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PORTA, Donatella dela; VANNUCCI, Alberto, **Corrupt exchanges**: actors, resources, and mechanisms of political corruption. New York: Aldine de Gruyter, 1999.

RODAS, Sérgio. **Delação premiada não é involuntária só por acusado estar preso, diz Sérgio Moro**. Consultor Jurídico. São Paulo, 20 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/delacao-premiada-presos-nao-involuntaria-moro>>. Acesso em: 20 set. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: Emodara, 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Josias de. **STF X Lava Jato: Toffoli tenta silenciar Dallagnol**. UOL, São Paulo, 23 set. 2018. Disponível em:
<<https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2018/09/23/stf-x-lava-jato-toffoli-tenta-silenciar-dallagnol/>>. Acesso em: 24 set. 2018.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e a justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: Ibccrim, 2015.