

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE CONTROLE DO
JUIZ E EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES**

Gabriel Queiroz Buarraj Miguel

Presidente Prudente/SP
2018

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE CONTROLE DO
JUIZ E EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES**

Gabriel Queiroz Buarraj Miguel

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2018

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE CONTROLE DO JUIZ E EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Rodrigo Lemos Arteiro
(orientador)

Fernanda de Matos Lima Madrid

Pedro Augusto de Souza Brambilla

Presidente Prudente/SP, 25 de outubro de 2018

Eu disse essas coisas, para que vocês tenham a minha paz. Neste mundo vocês terão aflições, mas tenham coragem; eu venci o mundo.

João 16, 33

Dedico essa obra a Deus e a intercessão de Nossa Senhora, minha mãe, e também a meus familiares, que sempre me deram incondicional apoio para que atingisse meus objetivos, em especial meus pais Roberto e Lucimeire, e meu irmão Vinícius.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me conduzido neste estudo, assim como sempre fez, cuidando de mim com seu amor incondicional e infinito

À Santíssima Virgem Maria, mãe que sempre intercedeu por meus anseios perante a Cristo, zelando-me com seu manto e seu amor maternal.

A meus amados pais, Roberto, que muito me auxiliou e instruiu na produção desta obra, e Lucimeire, grande conselheira e fortaleza. Queridos pais que sempre batalharam para que eu pudesse ter as melhores condições para estudar e ter uma vida feliz, e acima de tudo, sempre com muito amor e carinho, de modo que me sinto um filho privilegiado pelos pais que tenho.

A meu irmão, Vinícius, que com seu jeito peculiar de ser, sempre se preocupou e esteve presente em minha vida, sendo um grande presente que Deus me deu.

Quero agradecer a minha família, meus amigos e minha namorada que sempre acreditaram em mim e no bom êxito deste trabalho, e que sempre souberam compreender minha ausência em determinadas situações para que pudesse me dedicar a esta obra.

Quero agradecer ao Dr. juiz Gabriel Medeiros, que me ajudou, colocando a minha disposição seu conhecimento e seus livros.

Ao meu orientador, Rodrigo Lemos Arteiro, o qual se colocou à disposição para que pudesse ser feito este estudo e que, por meio de suas aulas no decorrer do 3º ano, despertaram em mim o interesse em estudar a Colaboração Premiada.

A professora Fernanda Matos de Lima Madrid, que com sua didática fácil e extrovertida, continuou por alimentar em mim o interesse e o prazer por estudar a disciplina de Direito Penal, ao longo do 3º ano.

Ao professor Pedro Augusto de Souza Brambilla, o qual lecionou a primeira aula que assisti na faculdade, e pelo qual tenho grande admiração, seja como professor, seja como cristão.

No mais, agradeço a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação pessoal e profissional.

RESUMO

A presente monografia visa estudar a colaboração premiada e seus princípios, com destaque para o princípio da proporcionalidade, a fim de estabelecer critérios que atenuem as graves lacunas deixadas pelo legislador quanto a aplicação do referido instituto, de modo que o magistrado exerça um controle pautado na legalidade e em parâmetros proporcionais e de modo que não haja um desequilíbrio entre as partes, para que o colaborador receba benefícios proporcionais sua colaboração, com base na importância da colaboração para a investigação, na importância do delator para a organização criminosa, no crimes praticados pelo colaborador em prol da organização, nos maus antecedentes do delator e na periculosidade desta organização criminosa, circunstâncias estas que devem ser avaliadas pelo Ministério Público ou pelo Delegado no momento da elaboração do acordo, juntamente com o colaborador e seu advogado, e posteriormente passar por última avaliação do magistrado, no momento da homologação e no sentenciamento.

Palavras-chave: Colaboração Premiada; Princípio da proporcionalidade; benefícios;

RESUME

This monograph aims to study the award-winning collaboration and its principles, with emphasis on the principle of proportionality, in order to establish criteria that attenuate the serious gaps left by the legislator regarding the application of the said institute, so that the magistrate exercises control based on the proportional parameters and in such a way that there is no imbalance between the parties, so that the collaborator receives proportional benefits of his collaboration, based on the importance of collaboration for research, on the importance of the informant for the criminal organization, on the crimes committed by the and in the dangerous circumstances of the criminal organization, which must be evaluated by the Public Prosecution Service or by the Delegate at the time of the agreement, together with the collaborator and his lawyer, and then lastly evaluation of the judge at the time of homologation and sentencing.

key-words: Award-winning collaboration; principle of proportionality; benefits;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA	12
2.1 Conceito de colaboração premiada.....	12
2.2 Meio de obtenção de prova	14
2.3 Instituto processual e penal.....	15
2.4 Terminologias.....	16
2.5 Ato discricionário do ministério público e do delegado.....	18
3 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A COLABORAÇÃO PREMIADA	21
3.1 Princípios, regras e postulados	22
3.2 Princípio da verdade real.....	24
3.3 Princípio da autonomia da vontade e as consequências sobre direito de punir do estado e o direito de defesa do acusado.....	26
3.4 Princípio da igualdade processual ou paridade de armas	28
3.5 Princípios da ampla defesa e contraditório.....	30
3.6 Princípio da não condenação fundamentada apenas em colaboração premiada.....	31
4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLABORAÇÃO PREMIADA	33
4.1 Equilíbrio entre colaborador e os agentes da persecução penal.....	36
4.2 Controle judicial por meio da proporcionalidade.....	38
4.3 Importância das informações fornecidas pelo colaborador e eficácia da colaboração em vista dos benefícios do acordo.....	44
4.4 Importância do delator para a organização criminosa	47
4.4.1 Organizações criminosas	47
4.4.2 Líderes das organizações	49
4.4.3 Demais integrantes	51
4.5 Quantidade de crimes e gravidade.....	51
4.6 Reincidência e maus antecedentes.....	53
4.7 Periculosidade da organização delatada.....	54
5 A ANÁLISE JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS EFEITOS DO ACORDO	55
5.1 Homologação do acordo	56
5.2 Análise judicial do acordo na sentença judicial	58
6.0 CONCLUSÃO	59
REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

1 INTRODUÇÃO

O direito está em constante evolução, e assim como as sociedades, as relações humanas se tornam cada vez mais complexas. Infelizmente, o crime também tem se desenvolvido e capacitado, de modo que se alastrou por todos os lugares, seja nas periferias, seja no meio político e nas grandes empresas.

O fato é que o crime organizado tem conturbado a sociedade, causando graves problemas criminais e sociais, porém, devido a sua grande complexidade tem sido muito complicado combater tais grupos criminosos. Como meio de tentar trazer maior eficácia as investigações, o legislador, em 2013, fez a Lei 12.850, conhecida como Lei das Organizações Criminosas. Referida lei regulamentou alguns tipos de meios de prova, entre eles a colaboração premiada. Porém, a colaboração não era novidade no ordenamento jurídico pátrio, entretanto, nenhuma outra lei havia sido mais completa do que a Lei 12.850.

O art. 4º da citada lei informa os benefícios que poderão ser concedidos ao delator, e também alguns pontos a serem esclarecidos pela delação para que sejam disponibilizadas tais benesses, como o nome dos outros integrantes e os crimes que praticavam, revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas, se há vítimas e onde poderiam estar localizadas, além de outras previstas nos incisos de predito artigo.

Entretanto, o legislador estabeleceu poucos critérios para elaboração das cláusulas do acordo e como serão concedidos os benefícios. Perigosa esse tipo de situação, pois cria possibilidade para injustiças e para gerar privilégios indevidos.

Um caso que causou grande mal-estar social foi a delação de Joesley Batista, visto que estava sendo investigado por alguns crimes graves, e então fez um acordo de colaboração premiada (a qual citava inclusive o Presidente da República), e posteriormente foi para Nova York. Muitos brasileiros tem o sonho de viajar e conhecer lugares como este, mas não possuem condições, e de repente veem notícias de que um delator, pessoa investigada, estava livre, passeando na cidade americana. Tal fato deixou evidente que a colaboração pode gerar algumas injustiças.

Como dito, a falta de critérios pode gerar desproporções. Uma pessoa pode ter colaborado de forma efetiva e recebido um benefício aquém do que deveria, como uma pessoa que forneceu informações de pouca relevância e recebeu um benefício maior do que o justo.

Essa questão torna-se ainda mais relevante quando pensamos que se a colaboração trazer benefícios excessivos ao colaborador, criminosos poderão entender o instituto como uma válvula de escape, e evitar penas gravosas. Seria como dizer que o crime compensa. Da mesma forma, se os benefícios forem aquém do devido, poderia inibir que o criminoso realize o acordo, visto que não visualizaria nenhuma vantagem em contrapartida, o que poderia prejudicar uma investigação complexa.

Infelizmente, assim como muitas leis bem-intencionadas feitas pelo legislador tupiniquim, a Lei 12.850 foi mais uma lei importante, que traz grandes impactos ao direito penal e ao direito processual, mas que veio incompleta, deixando várias lacunas que a doutrina e a jurisprudência tentam corrigir e suprir.

Para tentar solucionar alguns vácuos legislativos, constantemente nos valem do postulado da proporcionalidade para corrigir ou tentar amenizar dúvidas geradas. Neste caso não será diferente, e nos baseamos neste pilar para estabelecer critérios proporcionais e razoáveis para equilibrar a importância da colaboração e quantidade de benefício que poderá receber o colaborador, de forma que as partes (Estado e seu poder persecutório e o colaborador) estabeleçam um pacto proporcional e adequado, equilibrando benesses e informações.

Por meio do método dedutivo-indutivo, estudamos, com auxílio da doutrina, da jurisprudência (esta que tem lapidado os entendimentos acerca da colaboração premiada) e com análise da lei, como referido postulado poderá orientar o juiz a realizar um controle de legalidade/proporcionalidade (respeitando a previsão legal de que o magistrado não pode participar da elaboração do acordo), de forma mais branda na homologação do acordo, e posteriormente uma análise mais profunda no momento da sentença, de modo que gere um equilíbrio entre as benesses concedidas ao delator e a importância de suas informações para a investigação.

2 ASPECTOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O art. 4º da famosa lei das organizações criminosas, a Lei 12.850, prevê a colaboração premiada. Infelizmente, o legislador não conceitua esse instituto e traz apenas algumas regras de como efetuar-lo (veremos adiante como esta lei traz abertura para arbitrariedades e acordos de colaboração mal elaborados). Recorremos, então, à doutrina e a jurisprudência, para que possamos entender seu conceito e algumas de suas características.

Este tópico visa sanar dúvidas simples, mas recorrentes nos estudos sobre a colaboração premiada, almejando facilitar o entendimento do assunto, e posteriormente no aprofundamento do tema analisado neste estudo.

2.1 Conceito de Colaboração Premiada

Mariana Lauand afirma que a colaboração premiada “pode ser entendida, em sentido amplo, como atividade do imputado que, durante a persecução penal, adota posturas cooperativas com autoridades, em troca de algum benefício legal (garantia de que não será processado criminalmente ou redução de pena)”¹.

Com brilhantismo, também ensina Renato Brasileiro que:

A colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar 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 legal².

Sabemos que colaboração é meio de obtenção de provas. Ela, em si, não configura uma prova, muito embora abarque a confissão do indiciado ou réu. Tudo

¹ LAUAND, Mariana de Souza Lima. O valor probatório da colaboração processual. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Pág. 47/48.

² LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 2. Editora Juspodivm, 2014. Pág. 513.

aquilo que for informado pelo réu não possui valor probatório direta, que não seja a sua confissão. Todos os fatos serão averiguados e investigados, afinal, estamos tratando de um “meio de obtenção de prova”, e não de uma prova direta. Mesmo assim, o colaborador presta compromisso com a verdade, e incorrerá em crime se as informações passadas forem inverídicas (art. 18 da Lei 12.850).

Fazendo referência a Lei 12.850, assim conceituou o Ministro Marco Aurélio:

Em síntese, o que é a delação premiada? É simples depoimento, prestado à autoridade, que será considerado, inclusive sob o ângulo das consequências, na hora devida, pelo órgão julgador, para fins de reconhecimento de benefícios, descritos na Lei. Transparece como confissão qualificada pelas informações que podem levar a resultados, também previstos na Lei – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura e da divisão de tarefas do grupo; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos delitos cometidos; e a localização de eventual vítima com a integridade física preservada³.

Por fim, acrescenta Vicente Greco Filho que “a colaboração premiada é causa de perdão judicial, redução ou substituição de pena daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente⁴”, desde que atingido algum dos objetivos dos incisos do art. 4º da Lei 12.850.

Com base nas conceituações acima mencionadas e nos dispositivos da Lei 12.850, temos a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, que se realiza por um negócio jurídico processual entre o delegado ou o promotor e o investigado/acusado, visando benefícios para o colaborador, desde que este confesse os crimes que praticou e apresente informações que possam atingir algum dos objetivos previstos no art. 4º da citada lei. É um instituto híbrido, sendo processual e penal.

³ STF. ADI 5508/DF. Rel. Min. MARCO AURÉLIO.

⁴ FILHO, Vicente Greco. Comentários a Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13. Saraiva, 2014, p. 39.

2.2 Meio de obtenção de prova

Importante saber o que é “meio de obtenção de prova”, primeiramente para que não a confundamos com “prova”, e também para que possamos entender, com clareza, o que é e como funciona a colaboração premiada. O professor Renato Brasileiro explica de maneira impar o que seria “meio de obtenção de prova”⁵:

(...) meios de obtenção de prova (ou de investigação) referem-se a certos procedimentos, geralmente extraprocessuais, regulados por lei, que se desenrolam, em regra sob autorização e fiscalização judiciais, cujo objetivo é a identificação de fontes de prova, passíveis de execução por outros funcionários que não o juiz.

Em relação a colaboração premiada, Walfredo Cunha Campos ensina que é um meio de obtenção de prova em que “o agente colaborador (...) deve fornecer, através de seu depoimento, a indicação de fontes de provas que alcancem, depois de transformadas em meio de prova”⁶, resultados como a identificação de coautores e partícipes da organização criminosa, revelação da estrutura hierárquica do grupo criminoso e/ou a localização de eventual vítima.

Sendo um meio de obtenção de prova, o juiz não pode julgar com base apenas na colaboração premiada (abordaremos este assunto mais adiante). Com as devidas considerações sobre “meio de obtenção de prova”. Como é meio de prova, e não prova, ninguém poderá ser condenado apenas por conta da colaboração, na verdade, serão o colaborador e o delatado julgados por conta das provas angariadas pela delação premiada.

Aliás, como está bem delineado na conceituação de Renato Brasileiro, um meio de obtenção de prova se trata de um instituto extraprocessual, “cujo objetivo é a identificação de fontes de prova, passíveis de execução por outros funcionários

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada, volume único, 5ª edição, Editora Jus PODIVM, 2017. Pág. 687.

⁶ CAMPOS, Walfredo Cunha. Curso Completo de processo penal. Editora Jus Podivium, 2018. Pág. 610.

que não o juiz”, o que se encaixa perfeitamente com o §6º do art. 4º, que em sua redação informa que o juiz não fará parte da elaboração do acordo de colaboração premiada.

2.3 Instituto Processual e Penal

Parte da doutrina diverge quanto a natureza da colaboração premiada, parte diz ser um instituto processual, outra parte entende ser um instituto penal e outra diz ser um instituto híbrido, possuindo natureza processual e penal.

Pelo exposto nos parágrafos acima, temos certeza de que versa sobre tema processual, e não teria como dizer que não é, afinal, por ser “meio de obtenção de prova” esse instituto visa servir a investigação sobre determinado crime e buscar provas para o processo criminal. Trata-se de um ato processual com objetivo de descobrir possíveis provas para compor o acervo probatório do processo e descobrir mais informações e/ou envolvidos com a organização criminosa.

A delação premiada também é um acordo entre o acusador e a defesa, sendo um negócio jurídico processual penal. Logo, temos a certeza de que se trata de um ato processual, e não poderia ser diferente.

Até o momento apresentamos apenas o lado processual da delação premiada, mas também é um importante instituto do direito penal, afinal, a delação, quando válida, traz grandes mudanças por ocasião da aplicação da pena, vinculando o julgamento do juiz ao acordo feito entre o colaborador e o Ministério Público ou Delegado de Polícia. Os autores que negam a característica material da delação fecham os olhos ou ignoram os efeitos que a colaboração gera na pena do delator. Vejamos o que diz o art. 4 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:

Como não poderia ter natureza penal, se traz mudanças severas na pena que será aplicada ao colaborador? O fundamento de que se trata apenas de um instituto processual é raso, e facilmente contestado, e podemos afirmar que este instituto possui sim natureza penal “posto que se constitui fator de diminuição da reprimenda legal ou do perdão judicial, causa extintiva da punibilidade”⁷. O próprio artigo 4º diz que poderá ser concedido perdão judicial, redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou a substituição por uma restritiva de direitos, e tudo isso a que nos referimos é matéria do direito material (qual seja, penal).

Concluindo, a colaboração premiada é um instituto híbrido, pois se trata de um negócio jurídico processual e produz grandes efeitos na condenação do colaborador.

2.4 Terminologias

Vemos com frequência nos jornais e demais mídias, notícias envolvendo colaborações premiadas (com a operação Lava Jato, o instituto ficou em evidência), porém, sempre referida como Delação Premiada. Não é missão deste artigo criticar os termos utilizados, mas é necessário fazer uma diferenciação entre as duas nomenclaturas.

Sob um viés prático, pouca diferença irá fazer, pois para o meio jornalístico e para a população em geral, Delação Premiada e Colaboração Premiada serão a mesma coisa, muito embora estejam mais familiarizados com a primeira terminologia. Mas para fins jurídicos existe sim certa relevância. Estamos diante de uma relação onde delação é espécie e colaboração é gênero.

O termo “delação premiada” é muito criticado pela doutrina por um viés moral, apenas, pois, como uma espécie da colaboração premiada, visa delatar outras pessoas, e é vista como uma traição.

⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio. Delação Premiada –Aspectos Jurídicos, 2ª edição, editora JHMIZUNO, pag. 29.

Existe confusão inclusive na própria doutrina. Vejamos abaixo as palavras de Walter Barbosa Bittar e Alexandre Hagiwara Pereira, que mostram que parte da doutrina não diferencia um instituto do outro⁸:

Etimologicamente delação advém do latim *delatione*, e significa a ação de delatar, denunciar, revelar etc. No entanto, a palavra delação, de modo isolado, pode ter dois significados nas ciências penais, restando necessária uma breve distinção de sentidos da palavra. Num primeiro momento, delação, na sua acepção de denunciar, deve ser entendida no sentido de *delatio criminis*, ou seja, seria o conhecimento provocado, “por parte da autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso”. Neste sentido, o delator seria uma pessoa, via de regra, sem relação alguma com o fato criminoso. Já, em sua acepção de revelar, se poderia entender a delação como sendo a conduta do participante que efetua “a admissão da própria responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia”. É nesse segundo sentido que se encontra a figura dos colaboradores ou, no Direito italiano, dos arrependidos (*pentiti*).

Muito embora assim entenda os respeitáveis autores, a doutrina e a jurisprudência enxergam de forma diversa, estabelecendo uma diferença entre a “delação” e a “colaboração”, como vemos no julgado abaixo:

III - A colaboração premiada é meio de obtenção de prova, disciplinada no ordenamento jurídico pátrio, precipuamente, pelos arts. 4º a 7º da Lei n. 12.850/13, e, no âmbito do direito internacional, pelo art. 26 da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional (Convenção de Palermo), da qual o Brasil é signatário, promulgada mediante o Decreto n. 5.015/04. Por sua vez, a delação premiada, espécie do gênero colaboração premiada, traduz-se na cooperação do acusado ou investigado, no sentido de inculpar a prática de infrações penais, por seus eventuais comparsas (AgInt no RMS 48925 / SP).

Bem, a colaboração abarca mais que a simples delação de alguém, tratando-se da entrega de informações que possam beneficiar a investigação e com a confissão do colaborador, visando um benefício processual. Quem “colabora”, não apenas confessa e delata alguém, mas fornece mais informações para que se descubram os esquemas do crime, vítimas, *modus operandi*, locais em ocorrem os

⁸ BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2º edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris Editora, 2011. Pág. 5

crimes e entre outros, enquanto quem “delata” apenas confessa e diz entrega seus comparsas.

Mesmo que apresentem algumas diferenças, usaremos as duas nomenclaturas como sinônimos, afim de haja uma leitura menos repetitiva.

2.5 Ato discricionário do Ministério Público e do Delegado.

É certo de que a colaboração premiada é um acordo entre as partes (abordaremos adiante a autonomia da vontade como princípio da delação premiada). Mas o oferecimento da proposta é um ato discricionário do acusador. Alguns autores dizem que a delação premiada seria um direito público subjetivo do delator, usando por analogia a Lei 9.099/95 (JECRIM), vide o que diz Vinicius Gomes de Vasconcellos:

(...) a transação penal (art. 76, Lei 9.099/95) é um mecanismo negocial que se caracteriza como um acordo (...). Entretanto, na prática, isso se realiza por meio de proposta oferecida pelo acusador (MP), em audiência preliminar do procedimento sumaríssimo (...). Como premissa, embora o dispositivo legal citado utilize o termo ‘poderá’, mostra-se dogmaticamente inquestionável que o promotor não tem discricionariedade para se abster de propor o acordo em caso compatível com as condições previstas na lei. Contudo, o que fazer em caso de inercia do acusador? Por um lado, propõe-se que, caracterizado o direito subjetivo do imputado à transação penal, o julgador poderia aceitar pedido exclusivo da defesa⁹.

Com base neste raciocínio, também, que se preencher os requisitos para propositura de uma colaboração, será um direito público subjetivo do réu, assim como é a transação penal.

Tal posicionamento, porém, mostra-se equivocado. Lembramos que o JECRIM visa a não condenação de pena privativa de liberdade, pois se tratam de infrações de menor potencial ofensivo, e visando uma despenalização, sendo criado para beneficiar o réu que cometeu pequenos delitos. Além do mais, a colaboração premiada não visa a ressocialização do réu, como no JECRIM, e sim que a

⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal, 1ª edição, editora Revista dos Tribunais. 2017. Pág.81.

investigação seja mais combativa ao crime, almejando a resolução de casos complexos e a dissolução de organizações criminosas.

A colaboração premiada veio prevista como meio de obtenção de prova na Lei 12.850, que trouxe várias formas de investigação e meios de obtenção de prova, não sendo desejo do legislador beneficiar o réu, e sim beneficiar a investigação e a resolução de crimes. Embora possa beneficiar o acusado, ela vem para servir a investigação. Sendo o delegado o presidente da investigação, ele saberá se deverá ou não propor a colaboração premiada, e da mesma forma o promotor, saberá o que será melhor ou não para formular sua acusação.

O posicionamento de que a colaboração premiada é um direito público subjetivo do réu se enfraquece ainda mais quando vemos que se o promotor tem provas suficientes sobre a autoria e materialidade do crime, e/ou sobre crimes de organização criminosa, não haveria porque ser feito um acordo de colaboração premiada. O acusado pode propor um acordo de colaboração premiada, podendo a acusação aceitar ou não a proposta, visto que ela saberá se a colaboração será efetiva ou não para o caso.

A doutrina de modo geral adota este entendimento. A ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e Lavagem de Dinheiro), em seu manual de Colaboração Premiada diz que o delegado e o promotor não são obrigados a realizar o acordo se não quiserem¹⁰.

O que realmente é um direito público subjetivo do réu é a aplicação dos benefícios previstos no acordo, caso o pacto colaborativo seja válido e as informações trazidas pelo colaborador sejam tenham realmente enriquecido o acervo probatório da investigação¹¹.

Quanto a legitimidade do Delegado de Polícia para realização da colaboração premiada, a Lei 12.850 é clara ao dizer que a atuação policial é posterior a uma representação ao Ministério Público, que poderá autorizar a realização de

¹⁰ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view> . Acesso em 29.03.2018. Pág. 03.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação. Editora JusPODIVM, 2015. Pág. 215.

negociações preliminares entre a defesa e a autoridade policial¹². Posteriormente, as informações angariadas deverão ser enviadas ao representante do Ministério Público, que será responsável pela formalização e concretização do pacto colaborativo¹³. Segundo a lição de Frederico Valdes Pereira:

Na prática, a autoridade policial somente poderá iniciar tratativa 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 postulação¹⁴.

Muito se discutiu se a atuação do Delegado de Polícia era ou não constitucional. O STF na ADI 5508/DF que o §6º do Art. 4º da Lei 12.850 é constitucional, e o Delegado de Polícia possui legitimidade para realizar acordo de colaboração. Segue trecho do que decidiu o Ministro Marco Aurélio:

Sendo a investigação o principal alvo da polícia judiciária, ante a conformação constitucional conferida pelo artigo 144, meios previstos na legislação encontram-se inseridos nas prerrogativas da autoridade policial. Sendo a polícia a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei. Retirar a possibilidade de utilizar, de forma oportuna e célere, o meio de obtenção de prova denominado colaboração premiada é, na verdade, enfraquecer o sistema de persecução criminal, inobservando-se o princípio da vedação de proteção insuficiente.

A Lei é clara ao definir o momento em que pode ocorrer o procedimento de delação. O artigo 3º, ao versar os meios de obtenção da prova relacionada às organizações criminosas, entre eles a colaboração premiada, dispõe ser a celebração do acordo permitida em qualquer fase da persecução penal. Abre-se a oportunidade de colaboração premiada na fase de investigações – no curso do inquérito policial ou outro procedimento de investigação equivalente – ou no transcorrer da ação penal, inclusive, após o trânsito em julgado de decisão.

O momento no qual realizada é relevante para que seja estabelecida, nos ditames da lei e da Constituição, a autoridade com atribuições para firmar o acordo: durante as investigações compete à autoridade policial, em atividade concorrente e com supervisão do membro do Ministério Público; instaurada a ação penal, tem-se a exclusividade do Órgão acusador

¹² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal, 1ª edição, editora Revista dos Tribunais. 2017. Pág. 92.

¹³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Comentários a Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei n. 18.850/13. São Paulo. Editora Atlas, 2014. Pág. 84

¹⁴ PEREIRA, Frederico Valdes. Delação Premiada: legitimidade e procedimento. 3º edição. Curitiba. Editora Juruá, 2016. Pág. 132.

Havia ainda a alegação de que a atuação do Delegado reprimia a atuação do Ministério Público, que também foi descartada pelo Ministro:

Em nenhum ponto o ato normativo em jogo afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada, ainda que ocorrido entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, não se podendo cogitar da afronta à titularidade da ação penal. Ao contrário, a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada desburocratiza o instituto, sem importar ofensa a regras atinentes ao Estado Democrático de Direito, uma vez submetido o acordo à apreciação do Ministério Público e à homologação pelo 12 Cópia ADI 5508 / DF Judiciário. Embora o Ministério Público seja o titular da ação penal de iniciativa pública, não o é do direito de punir. A delação premiada não retira do Órgão a exclusividade da ação penal.

Ressalto que o acordo de delação premiada deveria ser utilizado *ultima ratio*, em casos de difícil e complexa apuração e resolução¹⁵. Há grande crítica na doutrina de que com a delação premiada existe um diálogo entre Estado e o crime, porque o Estado não consegue combater a criminalidade de modo eficaz (infelizmente), e as organizações criminosas estão cada vez mais desenvolvidas e “profissionalizadas”. O ideal seria a desnecessidade das confecções desses acordos, que devem ser utilizados em último caso.

O acordo de colaboração premiada não visa simplesmente beneficiar o delator, não é o seu objetivo principal, mas sim auxiliar a investigação em casos complexos, tanto que, se após feito o acordo, as informações passadas forem inverídicas, o acordo se desfaz. O benefício ao colaborador é apenas um meio de fazer com que ele realize o acordo, uma contrapartida, até porque se aguardasse confissão espontânea de criminosos, sem a obtenção de qualquer benefício, muitas investigações estariam paradas e até mesmo arquivadas.

3 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A COLABORAÇÃO PREMIADA

Como este estudo analisa a aplicação do princípio da proporcionalidade dentro da Colaboração Premiada, faz-se importante realizar um estudo acerca dos

¹⁵ Vide a operação Lava-Jato, que se opera graças a inúmeras colaborações.

princípios e postulados do direito. Apresentaremos os principais princípios que guiam o processo penal e o direito como um todo para que possamos fazer, posteriormente, uma análise mais profunda sobre o tema principal deste estudo.

Esta análise se faz ainda mais necessária visto que o legislador apenas disse o que seria colaboração premiada no art. 4º da Lei 12.850/13, trazendo poucas regulamentações e estabelecendo pouquíssimos critérios ou modos para fazer a colaboração, deixando, um instituto dessa importância à vontade das partes. Não há critério definido na lei, dizendo como o contrato de colaboração deve ser feito, o que abre a possibilidade de surgirem colaborações das mais diferentes formas, o que pode causar insegurança jurídica e injustiças, como colaborações em que o investigado/réu apresenta informações de grande relevância para a resolução do caso e receberá poucos benefícios, como também poderá surgir o contrário, pessoas que pouco irão colaborar e irão receber grandes benefícios.

3.1 Princípios, Regras e Postulados

Fazendo uma analogia com a lição platônica, aprendemos nas faculdades de Direito que os princípios são um objetivo a ser atingido (mundo das ideias), são o que baseiam o mundo que os homens desejam, sendo fundamentos baseados em costumes e pensamentos morais da sociedade. Para melhor explicar citamos o princípio que guia os demais princípios: o princípio da dignidade. Por meio dele entendemos que o direito e a política têm que ser meio para proporcionar aos homens uma vida digna, que o ser humano possui valor, que o homem tem direito de ter uma vida com saúde, que deve ser respeitado, dentre tantas outras coisas.

Já as regras são o meio de chegar a tal ponto (mundo real). Enquanto os princípios são um ponto ideal a ser alcançado, as regras são os meios. Citando novamente o princípio da dignidade, como atingi-lo? Apresentamos, como exemplo, o art. 5º da Constituição Federal que normatiza e apresenta dezenas de direitos e garantias, por meios dos quais o homem pode atingir a dignidade.

O louvável professor Humberto Hávila, em sua obra “Teoria dos Princípios” ensina que:

Tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um *estado de coisas* que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção. Adota-se um comportamento porque seus efeitos contribuem para promover o fim. Os princípios poderiam ser enquadrados na modalidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reason*)¹⁶.

Então, quanto as regras, o referido professor afirma que “a própria regra que funciona como razão para a adoção de comportamento”. As regras são os meios para se alcançar esse objetivo final traçado pelos princípios. Com o exposto acima, de forma singela, inferimos que princípio são os fins a serem alcançados e as regras são os meios previstos para chegar ao fim desejado. Na falta das regras, os princípios surgem como orientadores/guias, e não simplesmente como um “mandante”, como as regras.

Feita a devida diferenciação, nota-se a importância do estudo dos princípios no âmbito da Colaboração Premiada: se o legislador adotou poucas regras, precisamos dos princípios para entender como atingir o fim ideal, como atingir aquilo que é desejo do legislador (e da sociedade).

Os princípios e principalmente os postulados nos ajudam a sanar dúvidas quanto a desentendimentos, ambiguidades e regras mal elaboradas.

O professor Humberto Ávila chama a regra e o princípio de normas de primeiro grau. Os postulados seriam as normas de segundo grau, sendo postulados de hermenêutica e postulados aplicativos, e para nós nos importa o segundo. Transcrevo as palavras do referido autor para explicar os postulados aplicativos:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação (...). Daí se dizer que se qualificam como norma de segundo grau. Neste sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao interprete relativamente

¹⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 13ª edição, 2012. Editora Malheiros Editores, pág. 53.

à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas¹⁷.

Sintetizando tudo: os princípios são um ponto a ser alcançado, mas não estabelecem critérios ou forma de como fazê-lo ou alcança-lo, sendo isso um trabalho das regras, que estabelecem uma conduta a ser seguida, uma forma para se fazer, sendo essas duas normas de primeiro grau. Os postulados são normas de segundo grau pois orientam a aplicação das normas acima citadas.

Realizadas as referidas ponderações sobre princípio e regra, passamos então à análise dos princípios norteadores da Colaboração Premiada.

3.2 Princípio da verdade real

Não poderíamos falar dos princípios sem começar por este. Sendo um dos princípios mais importantes do processo penal, não deixaria de ser diferente para a Colaboração Premiada, aliás, tem ainda mais importância dentro deste instituto.

Sempre ao estudarmos processo penal, aprendemos que como os delitos podem interferir diretamente na liberdade do indivíduo, além de estigmatizar o sujeito perante a sociedade, o juiz deve ter convicção do que está julgando, ele deve ter certeza da existência de materialidade e autoria. Diferente é para o processo civil, que visa apenas a verdade formal.

Nos ensinamentos de Renato Marcão:

No processo penal prevalece o interesse público, e a prestação jurisdicional busca reconstruir a verdade real, empírica, e assim esclarecer, com maior precisão possível, a maneira com os fatos imputados verdadeiramente se deram¹⁸.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 13ª edição, 2012. Editora Malheiros Editores, pag. 143.

¹⁸ MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. Editora Saraiva, 2º ed. 2016. Pág 74.

Complementando, como afirmam Bedê Júnior e Gustavo Senna, visa, o princípio da verdade real busca a máxima probabilidade ou ausência de dúvida razoável¹⁹.

Mas por que a importância é ainda a maior para a colaboração premiada? Para isso precisamos lembrar que, no processo penal, o investigado/acusado não precisa produzir provas contra si mesmo, podendo permanecer em silêncio ou até mesmo mentir em seu depoimento. Isso não pode acontecer na delação premiada. A lógica da colaboração é que o indivíduo mitigue alguns direitos para, em contrapartida, receber benefícios em sua pena (o que também implica em mitigação do direito de punir do Estado). Em sua delação ele deve dizer tudo o que sabe (conforme preverem as cláusulas do acordo de colaboração premiada), contra terceiros, contra a organização criminosa e confessar os atos que praticou, sob pena de nulidade da colaboração. A Lei 12.850/13 prevê inclusive crime no caso do colaborador mentir ou omitir fatos que deveria ter contado. Isso será abordado adiante.

Queremos mostrar o peso da verdade real dentro da delação, afinal, de certa forma, o indivíduo não pode omitir o que sabe, mesmo que isso o prejudique. A Colaboração Premiada visa resolver questões de difícil investigação, ela visa, mais que tudo, a verdade real. O instituto objeto de nosso estudo potencializa a capacidade de se obterem informações durante a investigação e o processo, de forma a prestigiar a verdade real.

Entretanto, quando falamos no processo penal sobre verdade real, falamos também sobre uma atuação mais ativa do juiz em relação ao processo civil. O juiz tem uma postura de buscar a verdade, designando as provas que entender necessário para o desenrolar do processo. Ocorre que o juiz não faz parte da elaboração do acordo de colaboração premiada, ficando a parte. São as partes que, no momento da elaboração, trabalham com a verdade real, com o colaborador passando as informações necessárias, sem o direito de silêncio ou de mentir. A verdade real tanto se faz presente na atuação das partes, que se o colaborador mentir ou acusar algum injustamente, incorra em crime previsto na própria Lei 12.850.

¹⁹ JÚNIOR, Américo Bedê. SENNA, Gustavo. Princípios do processo penal. Editora Revista dos Tribunais, 2009. Pág. 102.

Quando o legislador previu a colaboração premiada, que é criticada por parte da doutrina como uma “institucionalização da traição”, ele estava visando o combate ao crime organizado, por meio do processo penal, e como a verdade real é um princípio basilar do processo penal, o legislador privilegiou tal princípio, já que o colaborador deve dizer a verdade, não podendo omitir informações que se comprometeu a dizer.

A atuação do juiz se dará em momento posterior, quando este fizer uma primeira análise sobre os requisitos da delação premiada para homologá-lo, e posteriormente na sentença, quando avaliará a importância do acordo no desenvolver do processo.

3.3 Princípio da autonomia da vontade e as consequências sobre direito de Punir do Estado e o direito de Defesa do acusado

É estranho que vejamos este princípio ao se tratar de processo penal, muito embora, com as políticas criminais e o JECRIM, tem se tornado mais recorrente.

Embora pareça redundante, as organizações criminosas realmente estão organizadas, os esquemas de corrupção são cada vez mais complexos e são cada vez mais perigosos, por isto são necessárias políticas criminais, como a colaboração premiada para combater tais grupos, então por isso é necessária a realização de um acordo, um contrato entre o Estado, onde este abdica de parte de seu poder de punir e o criminoso, que abdica de parte de sua defesa e sua liberdade.

Everson Aparecido Contelli, em seu livro “Acesso à justiça criminal”, faz uma análise sobre o consenso no processo criminal por meio de negociação, e assim falou sobre a colaboração premiada:

A colaboração premiada decorre de uma negociação ou conciliação realizada em qualquer das fases da persecução criminal, em que o delegado de polícia ou o promotor de justiça, agindo em nome do Estado, ajusta com o investigado e seu defensor uma sanção premial que, inclusive, pode alcançar

o perdão judicial, caso o colaborador auxilie o Estado na obtenção de relevantes provas ao esclarecimento de crimes²⁰.

A colaboração premiada é um ato discricionário do Ministério Público e do Delegado, como já vimos, e não um direito público subjetivo do investigado/acusado. Porém, o acordo só é realizado após uma negociação com o acusado e também depende da parte dele. A proposição do acordo é direito do promotor e do delegado, mas os seus termos são feitos juntamente com a defesa do colaborador.

O delator pode propor um acordo de colaboração premiada, porém, deve ser aceita pelo Ministério Público/Delegado.

Este princípio encontra amparo legal no §6º do art. 4º:

§ 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.

Como dito anteriormente, o professor Vinícius Gomes de Vasconcellos entende que a Colaboração Premiada é um instituto processual, e diz que “a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando o esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva”²¹. Perceba que, com essas palavras, de modo muito eficaz podemos entender o princípio da autonomia da vontade no âmbito da colaboração premiada.

Podemos dizer que se trata de um dos princípios mais importantes da Colaboração Premiada, visto que é por conta de um acordo entre defesa e acusação

²⁰ CONTELLI, Everson Aparecido. Acesso à justiça criminal: Núcleos especiais criminais como alternativa consensual, restaurativa e dialógica na persecução criminal, 1ª ed. Editora Lumen Juris, 2017. Pág. 61.

²¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal, 1ª edição, editora Revista dos Tribunais. 2017. Págs. 55/56.

onde se produzirão mais informações para que se produza mais provas, além de fatos novos a serem investigados, é por ele que serão definidos os benefícios do colaborador. Claro, essa autonomia é limitada à algumas balizas indicadas na lei 12.850, mas isso não desconfigura a existência do princípio da autonomia das partes.

Por fim, tanto se trata de um acordo, e é regido pelo princípio da autonomia das partes, que o juiz, se verificar sua regularidade e legalidade, irá homologar o acordo.

A voluntariedade do colaborador é essencial e é uma das principais justificativas que fundamentam a justiça criminal consensual, principalmente para o afastamento de determinadas garantias (como direito a não autoincriminação), já que o colaborador estaria, voluntariamente, abdicando destas²².

Concluindo, é importante que fique claro que, essa autonomia no acordo de colaboração é balizada por algumas normas da Lei 12.850, e que o acordo se baseia em uma diminuição ou abdicção do direito de punir que o Estado possui em relação ao colaborador, e este último abre mão de parte de seu direito de defesa, visto que deve dizer tudo aquilo que se comprometeu a dizer no acordo, bem como sua confissão, sob pena de, se mentir, incorrer em crime, como já dito.

3.4 Princípio da igualdade processual ou paridade de armas

Estamos diante de um pilar do processo penal e um princípio com previsão constitucional. Muitos entendem como um sub-princípio da ampla defesa, mas esta estudaremos mais adiante.

Como explica Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

Consagra o tratamento isonômico das partes no transcorrer do processual, em decorrência do próprio art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. O que deve

²² FERNANDES, Fernando Andrade. O processo penal como instrumento de política criminal. Editora Almedina. Pág. 141.

prevalecer é a chamada igualdade material, leia-se, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades²³.

O réu é sempre visto como a parte fraca da relação processual, pois, na maioria das vezes, o Estado é quem está no polo ativo.

Um requisito para que haja paridade de armas na delação é a presença do advogado no momento da realização do acordo, sendo nulo o acordo que for feito sem a presença do defensor. Este é um requisito da própria Lei 12.850, que traz em art. 4º, §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”.

É a presença do advogado que garante a igualdade processual, mesmo que o réu tenha que abdicar de parte de sua defesa, da mesma forma que o Estado irá abdicar parte do seu direito de punir. Vinícius Vasconcellos diz que a presença do advogado é uma “imposição não renunciável pelo delator” e caso ele não tenha um advogado constituído, deverá ser nomeado defensor público²⁴.

É tão necessária a presença do defensor que a Lei 12.850, em seu art. 4º §15º diz que “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

O colaborador não pode ser forçado a realizar o acordo de colaboração ou mesmo dizer mais do que ele pretende, pois feriria a paridade de armas, sendo um Estado forte obrigando alguém a fazer um acordo, além de ferir o princípio da autonomia da vontade.

Na verdade, o princípio da paridade de armas e o princípio da autonomia da vontade estão intimamente atrelados, pois, o primeiro pressupõe a existência do segundo para que o acordo seja válido.

²³ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal, 2ª edição. Ed. JusPodvium, 2011. Pág. 55.

²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal, 1ª edição, editora Revista dos Tribunais. 2017. Págs. 87.

3.5 Princípios da Ampla Defesa e Contraditório

Como vimos acima, precisamos entender que a defesa do investigado/acusado é mitigada por conta de seu acordo com a outra parte do pacto colaborativo.

Antes de maiores detalhes sobre referida mitigação, vejamos a o entendimento do clássico professor Mirabete sobre o princípio do contraditório:

Dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório, garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5. LV). Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes²⁵.

E como consta da lição de Renato Marcão:

Por força do princípio do contraditório (...) deverá ser permitido à parte se manifestar, sempre, sobre a argumentação da parte contrária; sobre a prova produzida e, bem assim, sobre qualquer ato processual (*audiatur et altera pars*). Estabelecer ou respeitar o contraditório nada mais é do que permitir o debate entre as partes envolvidas, conforme as faculdades processuais previstas²⁶.

A ampla defesa se dá quando o advogado participa da confecção do acordo, auxiliando o colaborador e buscando a melhor situação possível para seu defendido. Como já abordado, essa medida além de estar expressa na Lei 12.850, vem para evitar e repelir abusos do Estado, para que este não force o delator a realizar o acordo. Vilvana Damiani Zanellato diz que “não há como alegar ofensa à ampla defesa se a voluntariedade do colaborador somente é aceita se seu defensor estiver presente”²⁷.

²⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. Editora Atlas, 1991. Pág.44.

²⁶ MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. Editora Saraiva, 2º ed. 2016. Pág 70.

²⁷ ZANELATO, Vilvana Damiani. A colaboração premiada como instrumento de política criminal garantista em sua dupla dimensão. In: MENDES, Soraya da Rosa (Org.) a delação/colaboração premiada em perspectiva. Brasília: IDP, 2016. Pág. 116

A presença do advogado também permite a existência do contraditório na elaboração das cláusulas do acordo, visto que serão feitas mediante acordo de defesa e acusação.

Como consequência lógica do acordo, o colaborador recebe benefícios, e sua defesa se dá na reivindicação da execução dos termos do acordo.

Poderia a persecução indicar que os fatos ou parte deles indicados pelo colaborador não foram verdade ou não se demonstrou durante a investigação. Cabe a defesa alegar e provar que os fatos indicados pelo colaborador se tornaram de fato prova no processo, comprovando que o meio de obtenção de prova cumpriu a sua finalidade, e também, é claro, realizar a defesa como sempre deve ser feita, afinal, não se espera que o delatado vá concordar com os fatos apresentados pelo colaborador.

Por fim, ressaltamos, que, embora possa renunciar a parte de sua defesa, além de não poder se abdicar da presença de um defensor, não poderá renunciar direitos e garantias constitucionais como o *Habeas Corpus* e o Mandado de Segurança, caso em que exista algum abuso de autoridade.

3.6 Princípio da não condenação fundamentada apenas em Colaboração Premiada

Reforçamos, aqui, a ideia de que a colaboração premiada é apenas um meio de obtenção de prova, e não prova. Por não ser prova, nenhuma pessoa delatada pode ser condenada com base apenas na colaboração premiada, já que as informações prestadas pelo delator devem ser confirmadas por provas concretas.

A obra “Leis Penais Especiais Comentadas”, de Roberto Delmanto nos ensina que a Lei 12.850 “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”²⁸.

²⁸ DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Delmanto Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. Leis Penais Especiais Comentadas, 2ª ed., Editora Saraiva. 2014. Pág. 1031

As decisões do STF têm sido neste sentido, como veremos na Ementa da decisão do HC 75.226/MS²⁹:

PROVA - DELAÇÃO – VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se, de um lado, a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro, serve ao convencimento quando consentânea com demais provas coligidas (HC 75.226/MS).

Na ADI 5508/DF, disse o Ministro Marco Aurélio de Melo:

A delação premiada nada mais é do que depoimento revelador de indícios de autoria e materialidade criminoso, que, por si só, porquanto originado de um dos envolvidos na prática delitiva, não serve à condenação de quem quer que seja³⁰.

Além de estar pacificado nas decisões do STF, boa parte da doutrina entende que seria impossível condenar o delatado com base apenas em depoimento prestado pelo colaborador.

Contribuindo com a explicação acima, que não se pode condenar alguém por um meio de obtenção de prova, uma segunda reforça o entendimento da não condenação com base na colaboração premiada. Na década de 80, membros da organização criminosa napolitana *Nuova Camorra Organizatta*, a pretexto de cooperar com a justiça, delataram o apresentador de programa Enzo Tortora, incorrendo em um grande erro do judiciário italiano, que foi a condenação do mesmo, falsamente incriminado³¹.

E para evitar condenações injustas e qualquer problema com sentenças baseadas apenas nas informações trazidas pelo acordo de colaboração, o art. 4º §16 da Lei 12.850 diz que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

²⁹ STF, HC 75.226M/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, 12.08.1997.

³⁰ STF, ADI 5508/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO

³¹ Petição 5700/DF

A publicidade do acordo de colaboração premiada logo que recebida a denúncia confere possibilidade de defesa ao delatado:

A Lei n. 12.850/2013, ao estabelecer a colaboração premiada como simples instrumento de obtenção de dados, garante ao delatado maior possibilidade de questionar o depoimento do delator, sobretudo no seu art. 7º, § 3º, ao prever que "o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia" (AgRg no HC 417489 / PR).

Lembramos aqui que o principal motivo da existência da colaboração premiada é colaborar com a investigação e a descoberta de novos fatos, e não o puro benefício ao colaborador.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLABORAÇÃO PREMIADA

Apresentados os princípios que norteiam os acordos de colaboração premiada e também as diferenças entre princípios, regras e postulados, passemos a explorar, de forma mais detalhada, o princípio da proporcionalidade e sua aplicação no instituto objeto de nosso estudo.

Embora chamemos por princípio, trata-se de um postulado, já que seu objetivo é a aplicação de métodos e critérios para a aplicação outras normas, por isso é chamado de norma de segundo grau. Perceba que o direito como um todo é guiado por este princípio, que visa trazer a adequação das leis, dos contratos, guiar o legislador na cominação de pena das condutas delituosas, conduzir o juiz quando fizer a dosimetria da pena e em suas decisões, trazer segurança jurídica e etc. Não seria diferente com a Colaboração Premiada. Veja que no momento da elaboração de um contrato as partes estabelecem, condições e meios de realização de forma que este contrato traga ônus e direitos em mesmas proporções.

Como o direito Penal trabalha com a restrição de direitos fundamentais, como a liberdade, devem existir vários mecanismos para evitar eventual injustiça ou julgamento errôneo, mas visa a justiça e que o criminoso pague pelos seus delitos.

Lembremos que o Direito Penal tem sim caráter preventivo, mas não podemos esquecer que também possui caráter repressivo.

Novamente citando lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, assim comentam sobre o referido princípio:

O campo de atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Tem-se admitido que ele deve ser tratado como “superprincípio”, talhado a estratégia de composição no aparente “conflito principiológico” (ex. proteção à intimidade *versus* quebra de sigilo). Por sua vez, deve ser visto também na sua faceta de *proibição de excesso*, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime³².

O princípio da proporcionalidade está muito presente na pena, visto que o legislador cominou penas nos crimes que define em lei e o juiz irá as aplicar. Quanto a este princípio, assim ensina Cleber Masson:

Proporcionalidade – a resposta penal há de ser justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito, bem como para prevenir novas infrações penais. Concretiza-se na atividade legislativa, funcionando como barreira ao legislador, e também ao magistrado, orientando-o na dosimetria da pena. De fato, tanto na cominação como na aplicação da pena deve existir correspondência entre o ilícito cometido e o grau de sanção imposta, levando-se ainda o aspecto subjetivo do condenado (art. 5º, XLVI)³³.

Por fim, como bem disserta Cezar Roberto Bitencourt, referido princípio possui *status* constitucional, sendo um limitador da atividade estatal:

Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre vinculada axiomáticamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa constituição dirigente são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da constitucionalidade, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional³⁴.

³² TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal, 2ª edição. Ed. JusPodvium, 2011. Pág. 70.

³³ MASSON, Cleber. Código Penal Comentado, Editora Método, 4ª edição. 2016. Pág.276.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1, editora Saraiva, 21ª edição, 2015. Pág. 66.

O Estado muitas vezes cria políticas criminais para tentar resolver problemas complexos, e certamente podemos afirmar que a Colaboração Premiada é uma política criminal, utilizada para elucidar casos complexos, concedendo benefícios ao delator.

Há quem entenda na doutrina que um dos pressupostos do acordo de colaboração premiada é necessidade de verificar a proporcionalidade³⁵.

Para entendermos a importância do referido princípio, vejamos o voto do Ministro Gilson Dipp no julgamento do HC 59.115 STJ:

(...) acordo de delação premiada é para crimes graves, não só do corréu colaborador como daquele corréu delatado, porque acordo de delação premiada não foi feito para furto de galinha, não pode ser banalizado nem pode ser objeto de intermediários, de 'corretores' de delação premiada.

Esse entendimento vem de encontro com o que já foi explanado neste estudo: a colaboração premiada é *ultima ratio*, e como entendeu o citado ministro, não deve ser usada para delatar pequenos crimes e contravenções.

Infelizmente a lei estabelece poucos critérios para definir a proporção justa entre as informações passadas pelo colaborador e seu benefício penal. Embasados pelo princípio da proporcionalidade, vejamos alguns meios de equilibrar a balança dessa barganha penal.

O art. 4 §1º da Lei 12.850 traz alguns pontos que devem ser observados na elaboração do acordo na concessão dos benefícios.

Art. 4º § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Um dos poucos critérios objetivos utilizados pelo legislador foi o momento em que foi feita a colaboração, pois se for realizada após publicação da

³⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 23, v. 269, 2015. Pág. 07.

sentença, os benefícios poderão ser uma redução no máximo em até metade da pena imposta ou uma regressão de regime (art. 4º §5º). O §1º do art. 4º traz alguns aspectos a serem considerados na colaboração premiada, funcionando de forma parecida com o art. 59 do Código Penal, entretanto, não há objetividade, de modo a deixar de acordo com a vontade das partes e do juiz. Tal situação se mostra verdadeiramente perigosa, pois a falta de critérios e objetividade pode levar a verdadeiras injustiças para com a sociedade, e ainda por cima com *status* de legitimidade, em vista do acordo ser homologado após passar pelo crivo do judiciário.

Antes de adentrarmos no âmbito dos critérios para realização do acordo de colaboração, façamos uma análise sobre a importância do referido postulado na atuação das partes do acordo de colaboração.

Entendemos ser importantes alguns pilares para que seja justa e proporcional um acordo de colaboração premiada: avaliação e controle de legalidade feita pelo magistrado; correlação entre a importância das informações fornecidas pelo colaborador e o benefício concedido a ele; importância do delator na organização criminosa e seus antecedentes.

4.1 Equilíbrio entre colaborador e os agentes da persecução penal

Como já visto, dois princípios importantes para a colaboração premiada são a “autonomia da vontade” e a “igualdade processual”.

O colaborador será investigado e (talvez) processado por pelo menos a prática do art. 2º da Lei 12.850, por “promover, constituir, financiar ou integrar” uma organização criminosa, e poderá receber até o perdão judicial, e caso não seja líder da organização criminosa e seja o primeiro a delata-la, o Ministério Público poderá até deixar de oferecer a denúncia. Se o acordo for feito após a sentença, poderá receber uma diminuição em até metade na pena.

A outra parte será ou o Delegado de Polícia ou o integrante do Ministério Público.

A atuação do Ministério Público se dará a qualquer tempo, podendo ser tanto na fase inquisitiva quanto na fase instrutória, porém, a atuação do Delegado está

limitada a fase policial, apenas, e com manifestação do Ministério Público (art. 4º §6º da Lei 12.850).

Primeiramente, a delação premiada é ato discricionário do Ministério Público e do Delegado. Veja, a Lei 12.850 trouxe alguns meios de obtenção de prova que visam auxiliar a persecução penal, em especial a investigação criminal, sendo o primeiro deles a colaboração premiada. Embora há quem diga que se trata de direito público subjetivo, e que se preenchidos os requisitos deve-se realizar o acordo, vemos que não é esta a finalidade da lei, não sendo obrigatório como outros mecanismos de barganha penal, como a transação penal da Lei 9.099. O pacto colaborativo só será firmado se proposto ou aceito pelo Ministério Público/Delegado, nos casos em que estes acharem necessária para o bom andamento das investigações.

Aliás, como também dito, é instrumento processual penal que deve ser utilizado em *ultima ratio*, quando as possíveis informações da colaboração premiada forem essenciais para a investigação ou forem de grande valia.

Para explicar de forma clara os dois últimos parágrafos, basta pensarmos em uma investigação em que haja grande número de informações e conjunto probatório robusto, seria necessária a efetuação de um acordo de colaboração? E com qual dos investigados da organização criminosa fazer? Veja que neste caso o acordo de colaboração apenas beneficiaria um acusado/réu, em detrimento dos demais e sem trazer conteúdo relevante que justificasse a existência do acordo. E ainda, mesmo com grande acervo probatório, o delegado/Ministério Público seria obrigado a realizar um acordo de colaboração se fosse assim desejo do acusado/réu, mesmo que as informações passadas sejam irrelevantes?

É por isso que se trata de ato discricionário da investigação e que tal instituto deve ser utilizado em *ultima ratio*, dentro de critérios proporcionais e razoáveis.

Na elaboração dos termos da colaboração premiada devem ser considerados alguns pontos importantes (posteriormente apresentaremos critérios objetivos e subjetivos a serem considerados na colaboração). As partes devem acordar de forma que quanto maiores as informações e mais importantes, maiores serão os benefícios que deverão ser concedidos ao colaborador. Deverá ser considerado também a periculosidade da organização delatada e a importância que o delator tinha para ela.

Para isso deve ser obrigatório a presença do advogado do colaborador durante a confecção dos termos do acordo, trazendo este conhecimento técnico e estratégico para o investigado/réu, de forma que no momento de negociar os termos e condições, o colaborador não fique prejudicado (no caso de poder receber mais benefícios do que o previsto no acordo).

Interessante alias que o acordo de colaboração fosse aceito pelo investigado/acusado nos casos em que este não vislumbrasse meios de defesa que o pudessem absolve-lo, momento então que seria interessante para ele aceitar a proposta de eventual delação premiada.

Por fim, visando evitar qualquer contratempo com pseudocolaborações, com colaborações mentirosas, a Lei 12.850 trouxe o art. 19, chamado, a primeira parte do artigo de “colaboração caluniosa”, sendo o caso de ser imputado crime a alguém que o delator sabe ser inocente por meio da colaboração, e a segunda parte de “colaboração fraudulenta”, que é quando o colaborador traz informações falsas sobre a ocorrência dos fatos e sobre a organização criminosa.

4.2 Controle judicial por meio da proporcionalidade

Antes de qualquer análise, devemos lembrar que “o juiz precisa se consolidar como um ator garantidor das regras do devido processo e dos direitos fundamentais dos acusados³⁶” e do colaborador.

O magistrado, que via de regra assumiu a função por meio de concurso público (no Brasil), é elemento de fundamental importância na manutenção do Estado Democrático de Direito e da democracia. Sendo um dos poderes da República, é função do judiciário zelar pelas normas e leis, elaboradas pelos poderes Executivo e Legislativo. Veja com atenção que os cargos do poder Legislativo e boa parte dos cargos do poder Executivo são preenchidos por pessoas que foram eleitas, democraticamente, pelo cidadão brasileiro. Diferentemente, o judiciário não, pois

³⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal – 1ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág.94.

como dito, seus cargos em regra são preenchidos via concurso público, com exceção do quinto constitucional, que prevê que 1/5 dos ministros e desembargadores devem ser membros do Ministério Público e advogados (art. 94 da Constituição Federal).

Porém, não é função do judiciário a elaboração de leis, como os demais poderes, especificamente o Legislativo, devendo então ser cargos preenchidos com pessoas possuidoras de grande saber jurídico para que trabalhem na manutenção da lei e da segurança jurídica, de forma a solucionar conflitos e problemas. Tanto não faz leis que se sobrevier uma lei contrária ao entendimento de uma Súmula Vinculante (súmula que obriga toda a Administração Pública, os juízes e tribunais a adotar sua inteligência), deve-se prevalecer a lei.

No Brasil, país com ordenamento jurídico positivista, tem-se visto um crescente do ativismo judicial, representando um certo rompimento de alguns juízes com o positivismo, gerando uma postura proativa dos magistrados na interpretação das normas, expandindo ou não seu conteúdo³⁷. Ocorre que muitas vezes tal atitude pode gerar arbitrariedades, desrespeitando a divisão dos poderes e a segurança jurídica.

Em várias situações os juízes têm se esquecido do Princípio do livre convencimento motivado ou o tem aplicado de modo deturpado, de maneira que tem gerado arbitrariedades e discricionariedades.

Sobre referido princípio, bem conceitua e aponta Renato Marcão:

(...) o juiz não está preso a regras rígidas de valoração (prova tarifada), de maneira que lhe é permitido formar sua convicção pela *livre-apreciação das provas produzidas nos autos*, conforme a lógica de seu raciocínio, sua experiência, formação, compromisso e grau de responsabilidade.

(...)

A Livre convicção que está autorizada deve decorrer da prova produzida e, portanto, estar lastreada em material probatório existente no processo, cujo teor não é dado ao magistrado desconsiderar, daí a denominação livre convencimento *fundamentado*³⁸.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009 pag. 75.

³⁸ MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. Editora Saraiva, 2^o ed. 2016. Pág 81.

Certamente, o princípio do livre convencimento motivado é um dos princípios mais importantes referentes a atuação do judiciário. Segundo Nucci, tal princípio informa “que o juiz forma o seu convencimento de maneira livre, embora deva apresentá-lo de modo fundamentado”³⁹. Todas as provas produzidas no processo servirão para convencimento do juiz, devendo as partes se manifestarem em relação a elas, para que possam convencer o juiz. O magistrado, poderá tomar a decisão que achar pertinente no processo, entretanto, deve fundamentar suas decisões, explicando o porquê tomou decisão “X” ou porque tomou decisão “Y”. Este princípio traz um direito e um dever para o juiz, de tomar a decisão que achar mais adequada, contanto que fundamente de modo racional sua decisão.

Pensando de forma bem idealista (e como realmente deve ser), a sentença é fruto da democracia entre as partes e a sociedade. Pensemos no processo criminal. O legislador tipifica determinada conduta como crime (e o legislador é uma pessoa eleita pelo cidadão). Um indivíduo comete determinada conduta, que se adequa ao tipo penal e será processado. De um lado está o Ministério Público e do outro a defesa do acusado, produzindo provas e realizando o contraditório das mesmas. Com base nesse contraditório das provas, o juiz será convencido e irá fundamentar sua decisão. Temos uma tese (fundamentos da acusação), uma antítese (fundamentos da defesa) e uma síntese (decisão motivada do magistrado). A decisão é fruto de um processo dialético.

Veja, como dito, o livre convencimento motivado é fruto e mantenedor da democracia, até porque no sistema brasileiro, adota-se o sistema Civil Law, pelo qual a justiça deve obedecer ao ordenamento jurídico.

Entretanto, como se vê em algumas situações, o magistrado pode decidir conforme a sua vontade. Há uma linha tênue entre o livre convencimento motivado e a discricionariedade judicial.

Em dadas situações, como afirma Losano “a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”⁴⁰.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 46.

⁴⁰ LOSANO, Mario g. Sistema e estrutura no direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. V.2.

Forte crítica é feita pelo professor Lênio Streck, alegando uma “morte do método”, não havendo qualquer critério para interpretação das normas, o que tem levado a decisões discricionárias dos juízes:

Com efeito, esse ponto também deve ser refletido a partir daquilo que se vem nominando como ‘a morte do método’. Sendo mais claro: o fato de não existir um método que possa dar garantia à ‘correção’ do processo interpretativo (...) não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo conduto para a atribuição arbitrária dos sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade). Isso porque é preciso compreender que a discricionariedade como sendo o poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a ‘zona de incerteza’ (...) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, ad libitum, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de ‘discricionariedade’⁴¹.

O mesmo professor alega que com ausência de regulamentação “o juiz efetivamente criará uma regra para regulamentar o caso a ele apresentado”⁴².

Esse é o grande problema da falta de critérios objetivos na Lei 12.850, permitir que algo de tamanho impacto no processo penal fique a critério do juiz.

Tal problema também aflige o professor Aury Lopes Jr., que criticou uma sentença penal condenatória aplicada no âmbito da “Operação Lava-Jato” em que um dos réus, beneficiado pela colaboração premiada foi condenado a pena de 15 anos e 10 meses em “regime de reclusão doméstica” ou “prisão domiciliar”, sendo que posteriormente viraria um regime “semiaberto diferenciado” e progressão para o regime aberto após dois anos, e como comenta referido jurista:

Tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal, que não se reconhece nessa “execução penal *à la carte*”.

Mas isso é direito penal? Com certeza. E outro processo penal também.

Mas o que é esse “outro”? A serviço de quê(m) ele está? Quais os seus limites de incidência? Por mais que se admita que o acordo sobre a pena seja uma tendência mundial e inafastável, (mais) uma questão que preocupa muito é:

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Editora Saraiva, 4ª ed., 2011. Pág.39.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Editora Saraiva, 4ª ed., 2011. Pág.39/40.

onde estão essas regras e limites na Lei? Onde está o princípio da legalidade? Reserva de lei? Será que não estamos indo no sentido da negociação, mas abrindo mão de regras legais claras, para cair no erro do decisionismo e na ampliação dos espaços indevidos da discricionariedade judicial? Ou ainda, na ampliação dos espaços discricionários impróprios do Ministério Público? Fico preocupado não apenas com a banalização da delação premiada, mas com a ausência de limites claros e precisos acerca da negociação. É evidente que a Lei n. 12.850/2013 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais⁴³.

Não se nega que o juiz não possa interpretar a norma e aplicá-la da forma correta, entretanto, o juiz primeiramente é aplicador da Lei, e devendo interpretar a norma apenas em casos de extrema complexidade ou na sua falta, entretanto deve-se impor limites a tal interpretação.

No caso específico da colaboração premiada, a Lei 12.850 não permite que o juiz faça parte da elaboração do acordo de colaboração premiada. Entretanto, posteriormente, no momento da homologação do acordo e da sentença o juiz fará uma análise do acordo, sendo que na homologação ele avaliará se estão presentes os requisitos e se foram respeitadas as limitações previstas em lei (por exemplo, o §4 do art. 4º da referida lei diz que o Ministério Público deixará de oferecer denúncia se o colaborador não for líder de organização criminosa e for o primeiro – no processo – a efetuar a colaboração premiada) e também com algumas limitações que serão propostas posteriormente. A análise feita no momento da sentença será feita com base nos reais efeitos da colaboração premiada.

Assim explica Vicente Greco Filho:

A colaboração e os efeitos, porém, não geram automaticamente o direito ao benefício (perdão judicial ou redução da pena). Dependerão de avaliação de outras circunstâncias, previstas no §1º, quais sejam a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso e a eficácia da colaboração. As nessas circunstâncias serão levadas em conta pelo juiz ao dosar o benefício, o que ocorrerá na sentença de mérito⁴⁴.

⁴³ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. Editora Saraiva. 2ª ed, 2016. Pág. 180.

⁴⁴ FILHO, Vicente Greco. Comentários a Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13. Saraiva, 2014, p. 40.

Primeiramente, segundo o §7º do art. 4º da Lei 12.850, o juiz receberá o acordo e avaliará se o pacto colaborativo está regular e se foram respeitadas a legalidade e a voluntariedade (afinal, um acordo, sendo um negócio jurídico exige que seus atos tenham sido feitos de forma voluntária, sob pena de nulidade absoluta).

Já o §8º do art. 4º diz que “o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”. Ao que se entende, ao dizer que o juiz poderá adequar ao caso concreto deve se incluir a proporção nas cláusulas e as informações prometidas. Na verdade, tal avaliação neste momento deve ser mais objetiva, visto que ainda não há nenhum efeito das informações passadas pelo colaborador, visto que não foi homologado, mas deve-se analisar principalmente os benefícios mínimos e máximos previstos no acordo. Por exemplo, um benefício possível e previsto em lei é que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia, entretanto existem duas condições: não ser o colaborador líder de organização criminosa, e a colaboração deve ser a primeira da persecução penal em tela. Outro exemplo, e que é proposta por este estudo, é que se o colaborador cometeu um crime hediondo enquanto integrante da organização criminosa, o benefício máximo que lhe poderia ser concedido seria a redução em 2/3 da pena final, mas isso será abordado com mais profundidade em momento oportuno.

Tal controle feito pelo judiciário não é que o magistrado deve possuir um poder sobre o acordo, como se fosse parte para poder também modificá-lo de acordo com seu bel prazer. O controle é para se evitar abusos da parte colaboradora e da parte colaborada, para que o primeiro receba os benefícios que deva receber, mas na devida proporção de suas condutas e do que efetivamente suas informações auxiliaram na persecução penal.

É importante rememorar que o princípio da proporcionalidade é na verdade um postulado, o qual irá orientar a aplicação de normas e princípios, e no caso específico do juiz, tal postulado irá conduzir o princípio do livre convencimento motivado, de modo a permitir que o juiz faça um controle de legalidade e proporção do pacto colaborativo, de modo que os benefícios concedidos ao colaborador sejam equivalentes a eficácia da colaboração e a sua conduta delituosa.

A seguir veremos pontos importantes a serem considerados pelo magistrado, que servirão como pilares de justiça e proporcionalidade, a fim de trazer equilíbrio a persecução penal, de modo a diminuir discricionariedades escondidas pela

manta do “princípio do livre convencimento motivado”, e deixando os acordos de colaboração premiada com mais segurança jurídica.

4.3 Importância das informações fornecidas pelo colaborador e eficácia da colaboração em vista dos benefícios do acordo

Como vimos, o colaborador abdica de parte de sua defesa para colaborar com a investigação e o Estado cede parte de seu direito de punir.

Devido a operação Lava-Jato, este instituto ganhou importância e vários acordos foram realizados neste período. Muito preocupa a falta de critérios para realização do acordo.

Devemos analisar o impacto que as informações irão causar na investigação. Por isso, entendemos que o acordo de colaboração deve ser feito com base algumas condicionais. O art. 4º da Lei 12.850 traz situações que devem ser esclarecidas pelo colaborador:

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

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Como diz a lei, pela colaboração deve chegar a pelo menos um dos requisitos acima citados, e quanto mais resultados forem atingidos, maior deverão ser os benefícios a serem concedidos ao colaborador. Então fica claro que se as informações passadas forem verídicas e ajudarem a elucidar crimes e permitir que a investigação flua de forma mais eficaz, terá direito aos benefícios previstos no acordo. Quando falamos em condições, pensamos em condições que beneficiem o

colaborador, no sentido de ampliar seus benefícios se caso a organização criminosa seja desmantelada. Veja o seguinte exemplo: “A” é integrante de uma organização criminosa, e é preso pela polícia. Ao fazer o acordo de colaboração com o Delegado ou com o Ministério Público, ele entrega nomes dos líderes e todos os esquemas e funcionamentos da organização. Se com essas informações, a investigação conseguir elucidar os crimes e desmantelar a organização, poderia o delato receber um benefício maior do que receberia se suas informações, embora verídicas, não fossem o suficiente para acabar com o grupo criminoso. Porém, como se trata de um acordo, devem estas condições estarem previstas no pacto colaborativo.

Existem precedentes referentes a importância da colaboração na investigação. O Ministro Ayres Brito, no julgamento do HC 99.736, do STF, entendeu que a colaboração não teve relevância para a resolução do caso:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DELAÇÃO PREMIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA RECONHECIDA PELO JUÍZO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A garantia de fundamentação dos provimentos judiciais decisórios (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. A necessidade de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebida na reforma penal de 1984. Tanto que a ela o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao tratar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade. 3. Na concreta situação dos autos, o magistrado não examinou o relevo da colaboração do paciente com a investigação policial e com o equacionamento jurídico do processo-crime. Exame, esse, que se faz necessário para determinar o percentual de redução da reprimenda. Noutros termos: apesar da extrema gravidade da conduta protagonizada pelo acionante, o fato é que as instâncias ordinárias não se valeram de tais fundamentos para embasar a escolha do percentual de 1/3 de redução da pena. 4. A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade. 5. Ordem parcialmente concedida para o fim de determinar que o Juízo processante aplique esse ou aquele percentual de redução, mas de forma fundamentada (BRASIL, 2010).

Corroborando com o entendimento do citado ministro, assim julgou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Deve ser reduzida a pena pelo reconhecimento da delação premiada se as declarações da recorrente tiverem o condão de efetivamente auxiliar a investigação e o processo criminal (TJ-MG Ap. Crim. 1.0512.10.001537-3/001 – 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Eduardo Machado, publ. Súmula 09.12.2015).

Por fim, assim já decidiu o STJ:

COLABORAÇÃO PREMIADA. ELUCIDAÇÃO DO CRIME. CONTRIBUIÇÃO EFETIVA. NECESSIDADE. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. O instituto da colaboração premiada só tem aplicação se a delação for eficaz, contribuindo efetivamente para a elucidação do crime, o que não se verificou ter ocorrido na espécie. (AgRg no REsp 1639763/TO).

Na realidade, a eficácia das informações passadas pelo colaborador são requisitos de validade do acordo. Veja, no acordo o delator prometeu que com suas informações seria possível encontrar ou pelos angariar provas contra o líder de uma organização criminosa, e isso não acontecer, significa que suas informações foram infrutíferas, não sendo caso da concessão de benefícios, entretanto, se a colaboração for eficaz em relação a outras obrigações do colaborador, essas terão seu efeito, e caberá ao juiz avaliar a quantidade de benefício que será concedida na sentença, de acordo com a eficácia das informações. É assim pois não é desejo do legislador que o colaborador invente informações apenas para que possa receber um benefício (inclusive, a transmissão de informações ou acusações falsas é crime previsto pela própria Lei 12.850).

O art. 4º diz que pode ser concedido até o perdão judicial, mas o §4º do mesmo artigo diz que em algumas hipóteses o promotor poderia até deixar de apresentar a denúncia. Se por conta da colaboração, a investigação conseguir dismantelar uma organização criminosa, poderia o colaborador receber o perdão judicial ou não ter movida uma ação penal contra si? Com base apenas nisso não podemos dizer que o delator terá direito a esse benefício. Devem ser avaliados outros quesitos.

4.4 Importância do delator para a organização criminosa

Trata-se de uma importante circunstância a ser observada. Devemos ver a situação dos líderes, daqueles que possuem importância e poder dentro do grupo criminoso, mas não exerce liderança e demais membros, e isto porque neste caso a própria lei estabeleceu uma diferenciação no tocante aos benefícios. Para isso, faça uma análise rápida sobre as organizações criminosas.

4.4.1 Organizações criminosas

De forma sucinta e objetiva falaremos sobre a organização criminosa, que está conceituada no art. 1º §1º da Lei 12.850 da seguinte forma:

Art.1º § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A lei foi muito clara ao dizer os requisitos da organização criminosa, devendo ela ter no mínimo 4 integrantes, devendo ser organizada, no caso estruturalmente, e o que se vê na prática com uma hierarquia bem destacada, com o objetivo de obter vantagem indevida por meio de crimes com penas máximas superiores a 4 anos.

Giuseppe Maggiori diz o “objeto desta incriminação é a necessidade de impedir que se formem sociedades criminosas, encaminhadas a cometer crimes, com perigo permanente da ordem pública⁴⁵.”

⁴⁵ MAGGIORI, Giuseppe. *Derecho Penal*. Parte Especial. Delitos em particular. Bogotá, Editora Temis, 1955, volume 3. Pág. 448

Eduardo Araújo da Silva cita algumas características das organizações criminosas, como a grande acumulação de poder econômico, pois elas atuam “no vácuo de alguma proibição estatal, o que lhes possibilita auferir extraordinários lucros”, e podemos citar aqui, por exemplo, o tráfico de drogas, de armas, contrabando, e cita também o alto poder de corrupção, decorrente diretamente de seu poder econômico. O referido autor fala também sobre o alto poder de intimidação, “a prevalência da ‘lei do silêncio’, imposta a seus membros e a pessoas estranhas à organização, é mantida com emprego dos mais cruéis e variados meios de violência”⁴⁶.

Apresentadas os requisitos e algumas características, cito trecho da sentença nº 0000295-53.2017.8.26.0483 TJ-SP referente a operação Ethos, na Comarca de Presidente Venceslau, que investigou uma célula jurídica da organização criminosa Primeiro Comando da Capital – PCC:

No decorrer das investigações, descobriu-se que DAVID e VANILA, cumprindo determinações da liderança do PCC, após insucesso na tentativa de integrar o CONDEP, promoveram a aproximação do seu integrante o réu LUIZ CARLOS, pagando a ele a quantia acima e, com sua influência, passaram a interferir em órgãos públicos e autoridades do Estado, como Delegados de Polícia, Juízes, Promotores, etc, efetuando vistorias em unidades prisionais indicadas pelo PCC, elaborando relatórios distantes da realidade, deforma a permitir futuras denúncias a organismos nacionais e internacionais de defesas dos direitos humanos.

As investigações demonstraram mais do que um projeto de intervenção do PCC em um organismo atrelado ao Estado, mas sim um grande esquema de pagamentos de propinas a agentes públicos ou integrantes do CONDEP, a partir da cédula jurídica do PCC, composta por mais de 40 advogados, também com o objetivo de prestação de assessoria e lavagem decapitais.

Essa cédula era denominada “sintonia dos gravatas”, e foi criada, de início, para prestar serviços exclusivamente jurídicos aos líderes do PCC. Como transcurso do tempo esse núcleo evoluiu, transbordando da assessoria jurídica para servir de elo de comunicação das atividades criminosas entre os líderes da facção presos e aqueles fora do sistema prisional.

Podemos perceber nos dois primeiros trechos o alto poder financeiro e corruptivo da organização criminosa, no caso o PCC, que pagou para Luiz Carlos, na época funcionário público do CONDEPE, visando a corrupção de mais agentes públicos. Percebemos também como é estruturada e organizada, tendo seus

⁴⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. 2ª edição, 2015, São Paulo, editora Atlas. Págs. 11/13.

membros papeis, claros ou não, dentro do grupo, já que o PCC possuía um grupo de 40 advogados, que além de prestar serviços jurídicos para a organização criminosa, também atuavam como meio de comunicação dentre sentenciados e membros do grupo que estão em liberdade.

Essa estrutura de advogados foi apenas descoberta devido ao encontro de uma carta na Penitenciária II de Presidente Venceslau/SP. tal célula jurídica atuava há alguns anos para o PCC. Veja o tamanho da estrutura e organização. Cria-se uma sociedade paraestatal, um grupo forte, que anos domina os presídios paulistas. É perigosíssima a existência de grupos paralelos como estes, e motivo pelo qual o legislador se preocupou em elaborar a Lei 12.850, prevendo, dentre outros meios de obtenção de prova, a Colaboração Premiada, e que tem sido aplicada e mostrado sua eficácia (mesmo com a existência de situações polêmicas), como, por exemplo, na “Operação Lava-Jato”.

4.4.2 Líderes das organizações

Um líder de organização criminosa possui grande poder, visto que comanda um grupo de poder financeiro, corruptivo e de intimidação, sendo um poder praticamente paraestatal, já que não é incomum que algumas organizações dominem bairros, morros e favelas (como é o caso do Rio de Janeiro). Devido a sua periculosidade, se fossemos falar sobre direito penal do inimigo, poderíamos tranquilamente considera-lo como um inimigo do estado.

Não se pode considerar que alguém que praticou tantos crimes (inclusive de autoria de mediata, como ordens a membros de menor hierarquia para que pratiquem determinado crime) possam, por exemplo, receber o perdão judicial por conta de um acordo de colaboração. Muitos autores criticam a colaboração premiada dizendo que há uma conversa/negociação entre o Estado e o crime, e essa crítica se torna mais pertinente aqui. Por isso nos perguntamos: poderia um líder de organização receber grandes benefícios do acordo de delação? Não pactuamos com esse entendimento, pois o sentimento de impunidade que sentiria a sociedade seria grande. A Lei 12.850, em seu art. 4º§4º, I, diz, apenas, que o promotor poderá deixar de

oferecer a denúncia desde que o colaborador não seja líder de organização criminosa, sendo um dos poucos critérios dados pela lei.

Porém, se dá colaboração premiada for de importância para a investigação e instrução criminal, claramente poderia receber os benefícios da colaboração, mas não como se fosse um integrante qualquer da organização. Imagine que com sua delação, a organização criminosa seja desmantelada: os benefícios perante a sociedade e o Estado seriam volumosos, e seria injusto que o líder colaborador não recebesse benefícios. Entretanto, devem ser limitados.

Lembramos que os benefícios da colaboração premiada não são a regra no ordenamento jurídico, e que os criminosos devem responder por tudo o que fizeram, não podendo esquecer do caráter punitivo da pena. Por conta de todos os malefícios causados durante seu comando na organização criminosa, o líder de organização criminosa não pode ter os maiores benefícios como a concessão do perdão judicial e nem ter sua pena substituída por restritiva de direitos, ele deve cumprir a pena restritiva de liberdade. Se caso pudessem cumprir sua pena em liberdade, causaria um sentimento colossal de impunidade na comunidade, e também de que qualquer criminoso pode propor a colaboração para que saia impune, e isso não é desejo do Estado e nem da população. Como já vimos, a colaboração premiada deve ser usada em *ultima ratio*.

A Lei 12.850 prevê diminuição de até 2/3 da pena, e embora consideremos uma diminuição elevada na pena, lembramos que os líderes de organizações criminosas costumam ter penas bem elevadas, e se fossemos impedir que todos os benefícios fossem impedidos de ser concedidos, impediríamos o interesse do criminoso em realizar o pacto colaborativo. Ressaltamos que o benefício máximo concedido deve ser 2/3 de diminuição da pena, a serem avaliados posteriormente pelo magistrado.

Usando a proporcionalidade e a razoabilidade, entendemos que não é razoável realizar acordos a qualquer tempo, e sim quando imprescindível para a colaboração, e que se o colaborador for um líder de organização criminosa, se ele não respondesse por seus crimes, ou respondesse em liberdade, seria algo muito desproporcional para quem causou tantos males para a sociedade. Porém, se evitarmos qualquer benefício, ele nunca iria realizar o acordo. Por isso é razoável e proporcional que o líder da facção seja condenado a restritiva de liberdade, e seu

direito máximo seja a redução em até 2/3 de sua pena. Lembramos que o acordo de colaboração é usado para beneficiar a investigação, e o benefício do réu é apenas um meio de incentiva-lo e uma forma de “retribuição” por colaborar na elucidação do caso.

Muito embora entendamos que seja razoável a diminuição de até 2/3 da pena, outros benefícios podem ser concedidos, visando atrair o investigado/acusado a colaborar, como por exemplo uma modificação no tempo da regressão de regime, ou mesmo decidir em qual regime iniciaria o cumprimento de pena do colaborador. Discordamos, no entanto da criação de novos regimes de cumprimento de pena, seguindo o entendimento do professor Aury Lopes Jr., como apresentado anteriormente.

4.4.3 Demais integrantes

O único tratamento específico que a lei trouxe foi para os líderes das organizações, sendo que o promotor não poderia deixar de oferecer denúncia. Caso o delator seja apenas um membro que não exerça liderança e seja o primeiro da organização criminosa a realizar o acordo, o promotor pode deixar de apresentar a denúncia.

Não há que se dizer em qualquer restrição a obtenção de qualquer dos benefícios previstos na Lei se obtidos por meio do acordo de colaboração, pois entendemos que os demais membros podem sofrer retaliações da liderança (algumas organizações criminosas não hesitariam em ordenar a morte do delator, até para que sirva como exemplo aos demais integrantes), e por isso os benefícios devem servir como incentivo, afinal, ao colaborar com a investigação, poderá correr alguns riscos, então o acordo deve valer apenas para o colaborador.

4.5 Quantidade de crimes e gravidade

Ao realizar o acordo de colaboração, o colaborador deve confessar todos os seus crimes, sendo requisito para que o acordo seja válido, e quantidade de crimes

e suas gravidades devem ser levadas em conta para a concessão dos benefícios. Para poder colaborar, devemos entender que sempre o delator cometeu pelo menos o crime previsto no art. 2º da Lei 12.850, visto que deve integrar ou ter integrado a organização criminosa, mesmo que temporariamente e em caráter transitório.

Embora a lei não faça nenhuma distinção de crimes, o alto grau de reprovabilidade perante a sociedade deve ser levando em consideração, principalmente se os crimes praticados forem hediondos. Se o colaborador cometeu crimes hediondos enquanto membro da organização criminosa deverá cumprir pena privativa de liberdade. Veja, alguém que praticou homicídios qualificados em benefício da organização criminosa e resolve delatar, e as informações passadas foram de importância impar para a resolução do caso, mesmo assim teria essa pessoa direito a uma pena restritiva de direitos ou perdão judicial? Entendemos que não, pois, como já dissemos ao falar sobre o líder de organização criminosa, causaria grande sentimento de impunidade na sociedade, e, no fim das contas, o crime compensaria, já que não haveria grandes consequências por conta da colaboração premiada. Certo seria se a extensão máxima possível do benefício fossem 2/3 da redução da pena. Não seria correto uma pessoa que praticou crime hediondos, de alta reprovação social, não responda parte da pena com uma restritiva de liberdade. Novamente falando, seria um motivo para que os criminosos praticassem seus crimes e tivessem a segurança de que com a colaboração ficariam impunes ou teriam penas menores.

O entendimento acima é embasado no parágrafo único do art. 8º da Lei 8.072/90, que prevê o seguinte: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

Aliás, o §4º do art. 159 do Código Penal, no tocante a extorsão mediante sequestro e o art. 41 da Lei 11.343 (Lei de Drogas), também preveem um benefício máximo de 2/3 da redução da pena, claro que para o caso específico de que cada um se trata e de acordo com os objetivos que cada um prevê, mas veja que ambos estão relacionados a crimes hediondos e equiparados.

As três normas acima citadas nos levam ao entendimento de que o benefício máximo que poderá ser concedido a um colaborador que cometeu crimes hediondos é de 2/3 da redução da pena restritiva de liberdade.

Caso o investigado seja acusado apenas por ser integrante de organização criminosa, a depender dos efetivos benefícios da colaboração, será perfeitamente cabível o não oferecimento da denúncia, caso preencha os requisitos do art. 4º §4º, ou caso o perdão judicial. Caso o colaborador também tenha cometido delitos de menor potencial ofensivo, poderá o promotor deixar de apresentar a denúncia ou poderá ser concedido o perdão judicial. Veja que este delator não apresenta a mesma periculosidade que um líder ou alguém que cometeu crimes hediondos, logo, é razoável a concessão de tais benefícios. O acordo de colaboração deve ser justo e efetivo, e no caso, para que o colaborador seja atraído a realizar um acordo, como não teria a pena tão elevada, e por não possuir a mesma periculosidade e culpabilidade, pode receber maiores benefícios.

Referente a multiplicidade de crimes, que não sejam hediondos, não poderia o promotor deixar de oferecer a denúncia ou ser concedido perdão judicial, pois embora não tenha a culpabilidade elevada da mesma forma que um líder ou quem cometeu crime hediondo, seria uma injustiça que este indivíduo não respondesse por seus atos. Por outro lado, os demais benefícios poderão ser concedidos pelo acordo (reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos).

4.6 Reincidência e maus antecedentes

A vida pregressa do delator deve ser considerada para definir a extensão dos benefícios a serem concedidos. Uma pessoa primária e com bons antecedentes deve receber benefícios maiores do que uma pessoa reincidente. Referente aos maus antecedentes, adotamos o entendimento de Bitencourt⁴⁷:

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional, e “constitucionalizando o Direito Penal”, somente podem ser valoradas como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte 1. 21ª edição, Editora Saraiva. 2015. Págs. 775/776.

outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes. Convém destacar, ademais a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia.

O reincidente, por se tratar de uma pessoa que já foi condenada anteriormente, por crime doloso, não pode receber o benefício do perdão judicial. Veja bem, o colaborador reincidente, ao estar inserido na organização criminosa a qual está delatando, demonstra ser um indivíduo com maior reprovabilidade social. Os maus antecedentes devem ser levados em consideração se demonstrarem que o indivíduo cometia crimes de forma rotineira, sendo então um critério para definição da extensão do benefício a ser concedido ao colaborador.

Com ressalvas a toda a precariedade do sistema penitenciário Brasileiro e de ressocialização do criminoso, este sujeito não estaria completamente ressocializado, visto que voltou a delinquir, porém, de forma organizada. Por esses motivos, entendemos que o perdão judicial seria um benefício elevado, devendo cumprir pena de alguma forma (seja por restritiva de liberdade, seja por restritiva de direitos).

Mais uma vez ressaltamos que a colaboração premiada visa, primeiramente, enriquecer e potencializar a investigação, e não simplesmente a concessão de um benefício, sendo esta apenas consequência.

4.7 Periculosidade da organização delatada

O benefício que poderá ser concedido deve ser baseado também na periculosidade da organização delatada. Deve-se considerar que muitas vezes o colaborador, que era participante da organização criminosa, tem sua vida colocada em risco, visto a sua atitude “traidora”, e percebe-se que as pessoas que eram integrantes não transmitem informações por medo de retaliações.

Por colocar justamente sua vida em risco, tal fato deve ser considerado para que seja concedido benefício maior ao delator. Devemos lembrar, também, que o colaborador só passará as informações se for de alguma forma vantajoso para si.

Não haveria lógica delatar uma organização perigosa, colocar sua vida em risco sem receber nada por isso.

O art. 5º traz alguns direitos do colaborador, como por exemplo cumprir pena em estabelecimento diverso do dos demais condenados. Inclusive, prevê algumas situações visando preservar a identidade do delator. A lei apresenta certa preocupação com a segurança do colaborador, mas entendemos que quanto aos benefícios relacionados a sua pena a lei se ausentou, muito embora diga que as circunstâncias e a gravidade devem ser levadas em consideração.

Nessas situações, poderá ser concedido o maior benefício disponível possível (dizemos disponível porque entendemos que líder de organização criminosa e o integrante que cometeu crimes hediondos não poderá receber os benefícios do perdão judicial e nem ter a pena convertida em restritiva de direitos, devendo receber o benefício máximo da redução em 2/3 da pena).

Se os benefícios fossem mínimos, ninguém delataria uma organização criminosa que pudesse representar um perigo para o delator, e atendendo a motivos de justiça e proporção, adequado seria que o colaborado recebesse o maior benefício disponível, além de receber a devida proteção do Estado.

5 A ANÁLISE JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS EFEITOS DO ACORDO

Propomos acima alguns meios de balizar os benefícios da colaboração premiada, não como simples limitação, mas como meio de gerar equilíbrio na produção dos acordos, e para tal, apoiamo-nos no postulado da proporcionalidade. Veja, tal postulado guia o juiz na aplicação da pena, e como o acordo de colaboração trará grandes mudanças a pena, nada mais plausível e razoável do que também nos apoiar no referido postulado.

Antes de passar pelo crivo do judiciário, deveriam o Ministério Público, o Delegado e o Delator se atentarem a tais premissas, com as estabelecidas acima. Em relação ao excesso de benefício, deverá o Ministério Público e/ou o Delegado ter cautela no momento da elaboração do acordo. O excesso de benefício pode prejudicar inclusive futuros acordos, pois se os pactos colaborativos forem feitos de forma a

conceder o benefício máximo, pode-se abrir precedentes para que futuros colaboradores forneçam informações apenas se receberem o benefício máximo. Deverá também o delator estar atento, para que os seus benefícios não sejam menores do que aquilo que seria justo, por exemplo, o colaborador não reincidente em crime doloso e que delata uma organização conhecida por sua violência, neste caso, teria direito a benesse máxima, por isso a importância da presença do advogado.

5.1 Homologação do acordo

Realizado o pacto colaborativo, este será encaminhado para o juiz, que poderá homologar ou não o acordo, conforme parágrafos 7º e 8º do art. 4:

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

Lembramos que o juiz não pode participar da elaboração do acordo de colaboração. O primeiro contato que o magistrado terá com o acordo será no momento da homologação, em que poderá homologar ou não o acordo. Nesse primeiro instante, o juiz fará uma análise sobre os critérios formais e uma análise previa da adequação ao caso.

O juiz deverá analisar o acordo e examinar os aspectos formais da colaboração premiada, observado se estão presentes os pressupostos e requisitos, como também demais elementos do termo e da negociação. Mas o Ministro Luiz Fux, do STF, em seu voto no HC 127.483, afirmou que:

Assim é que o termo de colaboração premiada deverá ser feito por escrito, para ser homologado, e conter, já no primeiro requisito, o relato da colaboração e seus possíveis resultados. De sorte que uma delação

premiada não é homologada assim, tão em abstrato como se imagina. É preciso haver uma dose de verossimilhança daquilo que o colaborador apresenta em juízo⁴⁸.

Como o juiz faz um pequeno juízo sobre o acordo de colaboração, parte da doutrina entende que o certo seria que o juiz que sentenciasse o caso posteriormente fosse um juiz diverso do que o que homologou o acordo de colaboração, como sustenta Mariana Lauand⁴⁹.

Em sentido oposto, o STJ já se pronunciou sobre a não caracterização da suspeição ou impedimento do magistrado que homologou o acordo de colaboração premiada e seus termos⁵⁰. Referida corte afirmou no julgamento do HC 221.231: “não houve exteriorização de qualquer juízo dos fatos ou as questões de direito emergentes na fase preliminar que impeça o juiz oficiante de atuar com imparcialidade no curso da ação penal” e que “a homologação do acordo de colaboração premiada pelo Magistrado não implica seu impedimento para o processo no julgamento da ação penal ajuizada contra os prejudicados pelas declarações prestadas pelos colaboradores, não sendo cabível interpretação extensiva do art. 252 do CPP”⁵¹.

De forma clara, Vicente Greco Filho explica o que será avaliado na fase de homologação do acordo:

A decisão de homologação é uma interlocutória simples que não produz efeito de coisa julgada nem assegura a concessão do benefício. Ela tem por finalidade somente a de qualificar o investigado como colaborador, ensejando as medidas relativas a essa situação, como as do art. 5º. Tanto que não faz coisa julgada que as partes podem retratar-se (§10) e que o juiz, na sentença é que o reapreciará, aplicando, então, os efeitos que entender adequados (§11)⁵².

⁴⁸ STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli. 27.08.2015, pág. 119.

⁴⁹ LAUAND, Mariana de Souza Lima. O valor probatório da colaboração processual. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Pág. 92/93.

⁵⁰ STJ, HC 367.156/MT, 6ª turma, rel. Antônio Saldanha Palheiro. 09.03.2017.

⁵¹ STJ, HC 221.231/PR, 5ª turma, rel. 221.231/PR, 5ª turma, rel. Reynaldo Soares da Fonseca. 21.03.2017. Pág. 1/2.

⁵² FILHO, Vicente Greco. Comentários a Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13. Saraiva, 2014, p. 41.

O §8º diz que o juiz poderá adequar a colaboração ao caso concreto, e aqui novamente nos valeremos do postulado da proporcionalidade. Posto que a lei não definiu nenhum critério para essa avaliação, entendemos que o juiz fará uma verificação da proporção e equivalência das informações descobertas por meio da colaboração.

Em vista do princípio do livre convencimento motivado do magistrado, ele deverá justificar se for fazer qualquer adequação no acordo de homologação, em vista do excesso de benesse ao colaborador ou a sua falta. Porém, essa primeira análise e adequação na homologação é com base em cognição sumária, então por isso o juiz não poderá fazer grandes adequações, por exemplo, não poderia diminuir a benesse prevista no acordo na homologação sob o argumento de que ela não teve toda sua eficácia ou não foi importante, posto que a investigação e/ou instrução perdurará por algum tempo.

5.2 Análise judicial do acordo na sentença judicial

A análise criteriosa, onde o juiz poderá fazer maiores adequações será no momento da sentença, pois nesse momento já foram provados ou não os crimes cometidos pelo delator e os fatos que colaborador narrou, e por isso o juiz terá base para poder adequar de forma significativa a colaboração premiada. Por exemplo, se confirmado que o colaborador praticou crimes hediondos enquanto era membro da organização, o seu benefício máximo poderá ser de 2/3 de redução da pena restritiva de liberdade. O juiz, como dito, é guiado pelo princípio do livre convencimento motivado, e poderá justificar quaisquer mudanças que entender adequado, e em vista da falta de qualquer regulamentação legal, será guiado pelo postulado da proporcionalidade. O juiz verá no caso concreto se a colaboração trouxe ou não benefícios para a investigação e se foram cumpridos os termos do acordo.

Estabelecemos alguns critérios que deveriam ser utilizados para equilibrar e dar proporção aos acordos, que devem ser levados em consideração pelo julgador, inclusive, apresentamos o julgamento de um *Habeas Corpus* em que o

Ministro Ayres Brito entendeu que a colaboração não trouxe efetivas contribuições para resolução do caso, diminuindo a quantidade de benefício.

Ao que se vê na prática (inclusive nas decisões proferidas na operação Lava Jato), é que primeiramente, o juiz tece toda a sentença, inclusive a dosimetria, e após a dosimetria, fará referência ao acordo de colaboração, adequando a decisão ao acordo homologado, por exemplo: terminada a dosimetria da pena, o réu seria condenado a 06 (seis) anos de prisão, porém, seu acordo prevê redução de metade da pena imposta (1/2), ficando a pena final estabelecida em 03 (três) anos.

Assim, podemos ver que o acordo de colaboração premiado, após passar pela análise do magistrado, que irá verificar e justificar a quantidade de benefício que será concedido, serve como causa de diminuição de pena.

6.0 Conclusão

Em que pese a falta de normas acerca de como devem ser feitos os termos e concedidos os benefícios do acordo de colaboração premiada, o postulado da proporcionalidade deverá guiar o acordo, como, afinal guia o direito. Ainda mais pensando que a proporcionalidade é utilizada pelo legislador para cominar penas, pelo juiz para aplicá-las, deve ser usada aqui também.

A colaboração premiada deve ser usada em *ultima ratio*, e deve ser adequada ao caso. Além do mais, o promotor ou o delegado que saberão quando será usada, sendo um ato de discricionariedade desses sujeitos, e não um direito público subjetivo do delator.

Fato é que o legislador, em futuras mudanças na Lei 12.850 ou em leis novas, deverá estabelecer alguns critérios para elaboração do acordo de colaboração, principalmente no que tange a concessão dos benefícios ao delator e mais algumas limitações (lembramos aqui da crítica feita por Aury Lopes Jr. acerca do réu condenado a 15 anos e 10 meses em regime domiciliar), a fim de acabar com quaisquer dúvidas e evitar a insegurança jurídica.

Note-se que a doutrina ainda se mostra tímida em relação a colaboração premiada, principalmente no que tange a forma e quantidade de benefícios a serem

concedidos ao colaborador, levando em consideração as informações passadas a investigação que tiveram eficácia no plano fático.

Infelizmente a doutrina faz muitas críticas a insegurança que a Lei 12.850 trouxe em relação ao que pode ser negociado no acordo, porém, soluções para tal situação ainda é algo em falta no meio doutrinário.

Entretanto, o instituto da colaboração premiada tem sido lapidado, ainda que aos poucos, pela jurisprudência, que tem o dever de tentar solucionar os casos práticos. Com o decorrer do tempo, os Tribunais enfrentarão os casos complexos, e suas decisões guiarão os juristas, de modo a diminuir a insegurança jurídica em torno da colaboração premiada.

O que se percebe é que, ainda que de forma implícita, o postulado da proporcionalidade já tem conduzido alguns magistrados em suas decisões.

Através do referido postulado, estabelecemos alguns critérios para serem aplicados no caso concreto, tanto por quem realiza um acordo de colaboração, quanto pelo magistrado, que homologa e posteriormente realiza maior análise no momento da sentença.

Para a concessão dos benefícios em troca da colaboração, devemos nos atentar há algumas situações: importância das informações obtidas na investigação/instrução criminal; importância que o colaborador tinha para a organização criminosa delatada; crimes praticados pelo colaborador enquanto membro da organização criminosa; reincidência e maus antecedentes e; periculosidade da organização criminosa. Com base nesses pontos que guiarão o promotor/delegado ao elaborar a proposta de acordo, e o juiz no momento de avaliar o acordo, poderemos chegar a uma colaboração onde os benefícios concedidos sejam proporcionais as informações concedidas a investigação.

Assim, a defesa do colaborador terá parâmetros para poder atuar na colaboração, devendo exercer maiores benefícios quanto maiores as informações e quanto mais perigosa for a organização criminosa delatada, da mesma que visa evitar acordos como o de Joesley Batista, respeitando mais a sociedade que tanto sofre com as organizações criminosas, além de respeitar o instituto da colaboração criminosa, e que ele não seja visto apenas como um instrumento para evitar maiores reprimendas do Estado.

REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, 13ª edição, 2012. Editora Malheiros Editores.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Colaboração processual: legalidade e valor probatório**. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 23, v. 269, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte 1**. 21ª edição, Editora Saraiva. 2015.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2º edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris Editora, 2011.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Curso Completo de processo penal**. Editora Jus Podivium, 2018.

CONTELLI, Everson Aparecido. **Acesso à justiça criminal: Núcleos especiais criminais como alternativa consensual, restaurativa e dialógica na persecução criminal**, 1ª ed. Editora Lumen Juris, 2017.

DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Delmanto Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**, 2ª ed., Editora Saraiva. 2014. a, 12.08.1997.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Editora Almedina.

FILHO, Vicente Greco. **Comentários a Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13**. Saraiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Editora JusPODIVM, 2015.

JÚNIOR, Américo Bedê. SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. Editora Juspodivm, 2014.

- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada, volume único**, 5ª edição, Editora Jus PODIVM, 2017.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. Editora Saraiva. 2ª ed, 2016.
- LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. V.2.
- MAGGIORI, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte Especial. Delitos em particular**. Bogotá, Editora Temis, 1955, volume 3.
- MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. Editora Saraiva, 2º ed. 2016.
- MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**, Editora Método, 4ª edição. 2016.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários a Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei n. 18.850/13**. São Paulo. Editora Atlas, 2014.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. Editora Atlas, 1991.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Delação Premiada –Aspectos Jurídicos**, 2ª edição, editora JHMIZUNO.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PEREIRA, Frederico Valdes. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. 3º edição. Curitiba. Editora Juruá, 2016.
- SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. 2º edição, 2015, São Paulo, editora Atlas.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Editora Saraiva, 4ª ed., 2011.
- TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 2ª edição. Ed. JusPodvium, 2011.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, 1ª edição, editora Revista dos Tribunais. 2017.
- ZANELATO, Vilvana Damiani. **A colaboração premiada como instrumento de política criminal garantista em sua dupla dimensão**. In: MENDES, Soraya da Rosa (Org.) a delação/colaboração premiada em persctiva. Brasília: IDP, 2016.