

FELÍCIO NOGUEIRA COSTA

**Pena privativa de liberdade decorrente de colaboração
premiada: aplicação e execução**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

FELÍCIO NOGUEIRA COSTA

**Pena privativa de liberdade decorrente de colaboração
premiada: aplicação e execução**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Costa, Felício Nogueira

Pena privativa de liberdade decorrente de
colaboração premiada: aplicação e execução ; Felício
Nogueira Costa ; orientador Antonio Magalhães Gomes
Filho -- São Paulo, 2020.

154 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Colaboração premiada. 2. Execução penal. 3. Pena
privativa de liberdade. I. Gomes Filho, Antonio
Magalhães, orient. II. Título.

Nome: COSTA, Felício Nogueira

Título: Pena privativa de liberdade decorrente de colaboração premiada: aplicação e execução

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Antonio Magalhães Gomes Filho pela orientação no correr de minha jornada de estudos.

À Juliana Menezes pela companhia, amor e dedicação com a qual sempre me cerca.

À Ana Clara Rasuck pelo constante aprendizado que me proporcionou.

Aos meus pais, Sueli e Roberto, e à minha irmã Fabíola por terem me acompanhado até aqui.

A Flávia, Guilherme, Camila, Theuan, Pedro e Gabriela pelo conselho e companhia diários.

A Aurélio, Raquel, Luana e demais bibliotecários e funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, bem como da Biblioteca Alceu Amoroso Lima e da Biblioteca Mário de Andrade.

RESUMO

COSTA, Felício Nogueira. **Pena privativa de liberdade decorrente de colaboração premiada: aplicação e execução.** 2020. 154 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

A presente dissertação aborda a interação entre a colaboração premiada e a execução da pena do colaborador, com enfoque na pena privativa de liberdade. A abordagem se desenvolve pela análise histórica do instituto, culminando na promulgação da Lei 12.850/2013, marco no ordenamento brasileiro por delinear um regime negocial centrado na figura do acordo de colaboração premiada. São analisadas as denominadas três feições dos acordos de colaboração premiada: acordo para não oferecimento de denúncia, colaboração premiada atuante na sentença condenatória e a colaboração premiada posterior ao trânsito em julgado da sentença. Todos os benefícios da colaboração premiada previsto em lei são analisados de maneira individualizada no correr do trabalho, bem como os diversos institutos da execução penal, com apontamentos a acordos de colaboração premiada publicizados no âmbito da Operação Lava Jato. Tal conjunto de investigações é alvo de especial consideração por parte do autor, que analisa em profundidade o modelo de acordos de colaboração cristalizado na Orientação Conjunta nº 1/2018 do Ministério Público Federal. Tal modelo prega uma ampla expansão do âmbito de negociação entre as partes celebrantes do acordo de colaboração, fenômeno que seria contrário aos fundamentos do ordenamento brasileiro. Questiona-se a existência de um novo modelo de justiça penal no Brasil decorrente do emprego da colaboração premiada, de tal forma a delinear o que efetivamente há de inovador na Lei 12.850/2013, interpelação que se dá através da análise crítica sobre a expansão dos mecanismos de justiça criminal negocial no contexto nacional.

Palavras-chave: Processo Penal, Execução da Pena, Colaboração Premiada

ABSTRACT

COSTA, Felício Nogueira. **Prison sentence arising from a state's evidence deal: admissibility and enforcement.** 2020. 154 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This dissertation discusses the interaction between state's evidence deals in Brazil and the execution of the whistleblower's sentence, with focus on the imprisonment sentence. The approach is developed by a historical analysis of the state's evidence deal regulation leading to the enactment of the Law 12.850/2013, a milestone in the Brazilian legal system which outlined a bargaining regime focused on a written agreement. The so-called three features of the state's evidence deal are analyzed: a deal to not file criminal charges, state's evidence deal that affects the conviction and state's evidence deal after the court's decision becomes final and non-appealable. The dissertation analyzes all the state's evidence deal clauses provided for by law to soften the whistleblower's sentence, especially the ones included in agreements that are part of the Car Wash Operation (Operação Lava Jato). Such set of investigations is subject to special consideration by the author, who analyzes in depth the agreement model set forth in the Joint Guidance nº1/2018 of the Federal Prosecution Office. Such model provides for a broader-based bargain agreement contrary to the foundations of the Brazilian legal system. The author analyzes the existence of a new criminal justice model in Brazil arising from those agreements, in such a way as to outline what is indeed innovative in the Law 12.850/2013. This work offers a critical analysis of the expansion of the criminal justice bargain mechanism in the Brazilian legal framework.

Keywords: Criminal Procedure, Prison Sentence, State's Evidence Deal

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura única: Momento de incidência de benefícios.....	59
--	----

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2. COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL	19
2.1. Histórico legislativo prévio à Lei 12.850/2013	19
2.1.1. Lei 8.072/1990 – crimes hediondos	19
2.1.2. Lei 9.034/1995 – crime organizado	22
2.1.3. Lei 9.080/1995 e 9.613/1998 – crimes financeiros	27
2.1.4. Lei 9.807/1999 – proteção a colaboradores	30
2.1.5. Leis 10.409/2002 e 11.343/2006 – leis de drogas	32
2.1.6. Outros mecanismos premiais – acordo de leniência	34
2.2. Lei 12.850/2013	35
2.2.1. Retrato da colaboração	40
2.2.2. Definições	48
2.2.3. A Lei 12.850/2013 e sua interação com outros regimes premiais	52
3. EXECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA NEGOCIADA.....	57
3.1. Colaboração premiada e sua tripla feição	57
3.2. Pacto de imunidade	59
3.3. Colaboração premiada na sentença.....	61
3.3.1. Benefícios aplicáveis na decisão condenatória	61
3.3.1.1. Redução fracionária da pena.....	62
3.3.1.2. Cumprimento de pena em regime diverso	66
3.3.1.3. Substituição por pena restritiva de direito	70
3.3.1.4. Perdão judicial	71
3.3.2. Destaque: a busca por um modelo de atribuição de benefícios em acordos de colaboração premiada.....	72
3.3.2.1. Orientação Conjunta nº 1/2018.....	75
3.3.2.2. A reação ao modelo de acordos da Operação Lava Jato cristalizado na Orientação Ministerial	87
3.4. Colaboração premiada na execução.....	92
3.4.1. A colaboração como incidente	94
3.4.2. Execução antecipada da pena privativa de liberdade	99
3.4.3. Execução da pena do colaborador.....	105
3.4.3.1. Sistema progressivo	106
3.4.3.1.1. Progressão	106

3.4.3.1.2. Regressão	110
3.4.3.1.3. Livramento condicional	111
3.4.3.2. Detração	112
3.4.3.3. Remição	113
3.4.3.4. Autorizações de saída.....	114
3.4.3.5. Anistia, graça e indulto	115
3.5. Lei 12.850/2013: criação de um novo modelo de justiça penal?	118
3.5.1. O novo.....	119
3.5.2. Conhecidos institutos sob nova roupagem.....	122
3.6. Pergunta instigante: seria possível um acordo de colaboração tão somente para cumprimento da Lei?.....	127
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	135

1. INTRODUÇÃO

A colaboração premiada, comumente chamada também de delação premiada¹, ganhou em tempos recentes os holofotes da imprensa nacional e a atenção dos juristas. Hoje designada como meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual², a colaboração premiada reivindicou o papel de instrumento da persecução penal de delitos cometidos no âmbito da criminalidade organizada, contando com novo diploma normativo.

A partir da Lei 12.850/2013, a colaboração passou a ter um tratamento tendente à sistematização, especialmente em relação ao procedimento para realização do acordo. Ela é assim cabível no contexto de organizações criminosas para a identificação de coautores e das infrações penais por eles praticadas, revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas, prevenção de infrações penais futuras, recuperação do produto ou proveito de infrações penais e localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

Dito isso, o instituto está intrinsecamente relacionado à pactuação de benefícios penais, com inevitáveis reflexos na execução da pena que venha a recair sobre o colaborador – quando houver efetiva pena a ser executada, visto ser possível a pactuação que exima o colaborador de qualquer processo.

O presente trabalho busca assim analisar a pena privativa de liberdade resultante da colaboração premiada, desde os limites de disponibilidade sobre a pena quando alvo de acordo, até a execução em si da reprimenda; conquanto os prêmios derivados da colaboração premiada não se limitem a essa espécie de pena, também chamada de pena corporal. Em suma, cumpre analisar quais cartas estão na mesa quando se negocia a liberdade em um acordo de colaboração e quais as consequências desse negócio jurídico sobre a pena privativa a ser cumprida.

Nesse contexto, é inegável a importância adquirida pelos acordos de colaboração firmados na chamada Operação Lava Jato, conjunto de diversas investigações iniciadas no ano de 2014 para apuração de crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, organização criminosa, fraude à licitação e outros, inicialmente no âmbito da estatal Petrobras.

¹ Trataremos ambos os termos como sinônimos. A distinção de nomenclatura empregada por alguns é tema explorado no item 2.2.2.

² Com suas nuances, como veremos mais adiante. A colaboração premiada foi recentemente aprimorada através da Lei 13.964/2019 (ainda não vigente ao tempo da conclusão do presente trabalho), que dita: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Conquanto diversos outros acordos de colaboração tenham sido firmados antes mesmo da operação em questão, ou até mesmo antes da Lei das Organizações Criminosas atualmente vigente (Lei 12.850/2013), o porte das investigações e sua visibilidade tornaram a Operação verdadeiro celeiro da colaboração premiada. Nela floresceu uma profusão de acordos, com grande leque de benefícios concedidos, vários deles expandindo em muito o espectro de negociação avistado na legislação premial.

Essa a razão pela qual, por diversas vezes e em razão da disponibilidade de acesso, faremos menção a acordos de colaboração provenientes da Operação Lava Jato³, a exemplo daqueles firmados por Alberto Youssef (Pet. 5.244 Supremo Tribunal Federal - STF)⁴, Antonio Palocci Filho (Pet. 5016846-28.2018.4.040000 Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF 4)⁵, Delcídio do Amaral Gomez (Pet. 5.952 STF)⁶, José Sérgio de Oliveira Machado (Pet. 6.138 STF)⁷, Nestor Cerveró (Pet. 5.886 STF)⁸, Paulo Roberto Costa (Pet. 5.210 STF)⁹ e Ricardo Pessoa Ribeiro (Pet. 5.624 STF)¹⁰. O Ministério Público Federal no Paraná, estado em que iniciadas as investigações em questão, relata ter firmado dezenas de acordos de colaboração premiada¹¹; no âmbito do Supremo Tribunal Federal, responsável

³ A maioria dos acordos de colaboração mencionados no presente trabalho têm como parte celebrante o Ministério Público Federal. Quando não houver indicação contrária, o acordo citado se encaixa nessa regra.

⁴ Acordo de colaboração premiada assinado em 24 set. 2014 no âmbito das ações penais 5025687-03.2014.4.04.7000, 5025699-17.2014.4.04.7000, 5026212-82.2014.4.04.7000, 5047229-77.2014.4.04.7000, 5049898-06.2014.4.04.7000, 5035110-84.2014.4.04.7000 e 5035707-53.2014.4.04.7000, perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-youssef.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁵ Acordo de colaboração premiada assinado com a Polícia Federal em 21 mar. 2018 no âmbito do processo nº 5016846-28.2018.4.04.0000/RS, perante a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

⁶ Acordo de colaboração premiada assinado em 4 mai. 2016 no bojo dos Inquéritos 4215/DF e 3989/DF perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁷ Acordo de colaboração premiada assinado em 11 fev. 2016 no bojo dos Inquéritos 4215/DF e 3989/DF, todos perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/03/308950183.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁸ Acordo de colaboração premiada assinado em 18 nov. 2015 no âmbito das ações penais 5083838-59.2014.4.04.7000/PR e 5007326-98.2015.4.04.7000/PR e no Inquérito Policial 5015255-85.2015.4.04.7000, perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/06/Cerver%C3%B3-vol-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁹ Acordo de colaboração premiada assinado em 27 ago. 2014 no âmbito das ações penais 5025676-71.2014.4.04.7000 e 5026212-82.2014.4.04.7000, perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

¹⁰ Acordo de colaboração premiada assinado em 13 mai. 2015 no âmbito das ações penais 5083258-29.2014.4.04.7000 e 5083401-18.2014.4.04.7000, perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/12/RPESSOA-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹¹ Cf. informação disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 8 de jul. 2018.

pelo processamento dos feitos criminais relativos a detentores de foro por prerrogativa de função, foi submetida outra porção considerável de acordos de colaboração¹².

Tamanho a repercussão do instituto, Polícia Federal e Ministério Público chegaram a regulamentar internamente o regime das colaborações premiadas a serem negociadas por seus membros. A praxe levou a reações diversas no mundo político e jurídico, dentre elas a reforma da Lei 12.850/2013 pela popularmente chamada Lei Anticrime¹³ (Lei 13.964/2013). Daí porque é inegável o vulto que a colaboração premiada adquiriu no contexto brasileiro, elevando a menor relevância que granjeava anteriormente, não obstante exista há aproximadamente duas décadas no ordenamento da República.

¹² Cf. informação disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numericos-stf>>. Acesso em: 8 de jul. 2018.

¹³ Designação dada inicialmente a anteprojeto de Lei provindo do Ministério da Justiça, sob a gestão do Ministro Sérgio Fernando Moro; muito do seu conteúdo original, contudo, foi alterado no trâmite legislativo (vide Lei 13.964/2019).

2. COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

Útil apontar, a título histórico, que anteriormente esteve em vigor no território brasileiro instrumento semelhante à colaboração premiada. Com inspiração diversa, as Ordenações Filipinas previam a leniência na determinação da pena aplicável a certos réus dispostos a colaborar com a persecução penal¹⁴. Embora a previsão legal estivesse limitada a circunstâncias especiais, a criminalidade organizada não era uma delas, por sequer ser cogitada nos moldes da atualidade.

2.1. Histórico legislativo prévio à Lei 12.850/2013

É natural – senão lógico – que a delação premiada ressurja no direito nacional como instrumento para combate a estruturas criminosas coletivas, nas quais é possível dismantelar o intento criminoso através da cooperação de um de seus então membros. Foi assim que a Lei dos Crimes Hediondos principiou a tratar sobre a matéria, visando as quadrilhas e bandos dedicados à prática de crimes considerados mais gravosos.

2.1.1. Lei 8.072/1990 – crimes hediondos

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) inaugurou a série de dispositivos legais do moderno Direito Brasileiro que tratam sobre direito premial em matéria penal.

¹⁴ “Conquanto em tempos hodiernos se empreste nova roupagem à delação premiada a par de se criarem diversos termos para nominá-la, com pequenas nuances de significado, bem como outras sejam as razões de política criminal que justificam sua adoção pelo ordenamento jurídico, localiza-se sua previsão em diploma normativo do princípio do século XVII, as Ordenações Filipinas, cuja vigência se estendeu no território brasileiro de janeiro de 1603 a dezembro de 1830, quando da entrada em vigor do Código Criminal do Império”. (GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 150.)

Identificada como expressão normativa do movimento político criminal da Lei e da Ordem¹⁵, tinha como principal objeto o acréscimo punitivo quanto a determinados crimes considerados mais graves. Foi assim que ela tornou maiores as penas privativas de liberdade de diversos crimes, bem como buscou recrudescer sua execução, representando o ingresso formal do Brasil na era do punitivismo¹⁶. O movimento, também denominado “*Law and Order Movement*”, segundo as palavras de João Marcello de Araújo Junior:

[...] sustenta os seguintes axiomas: (i) ‘a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que, hoje, denominamos retribuição jurídica; os chamados crimes atrozos devem ser punidos com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade longa); (iii) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos não devem ser cumpridas em estabelecimentos prisionais de segurança máxima, devendo ser o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados; (iv) a prisão provisória deve ter o seu espectro ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime; (v) deve haver uma diminuição dos poderes de individualização do juiz e um menor controle judicial da execução, que, na hipótese, deverá ficar a cargo, quase que exclusivamente, das autoridades penitenciárias’¹⁷.

Inserida nesse contexto de acréscimo punitivista, a Lei introduziu norma em sentido reverso – atenuação de pena – como forma imaginada de melhor coibir a prática criminosa, desincentivando-a através da premiação do criminoso arrependido. Tomando como base o regime italiano sobre a matéria¹⁸, fez-se possível a concessão de benefícios a réus processados por dois específicos delitos – os crimes de extorsão mediante sequestro e de

¹⁵ Alberto Silva Franco disserta sobre a legislação dos crimes hediondos: “A conclusão subsequente é a de que a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos segmentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa ideia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança” (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 648/649). Confira-se ainda BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

¹⁶ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 303.

¹⁷ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Os grandes movimentos de política criminal do nosso tempo – aspectos. Sistema Penal para o 3º milênio. Rio de Janeiro: Renavan, 1990. p. 70 *apud* OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 45.

¹⁸ “Nisso, seguiu a Itália que, em relação à figura delitiva do sequestro para fim de extorsão (art. 630 do CP), pediu de empréstimo à legislação antiterrorista a regra de premiar o delator que tenha propiciado em razão de suas denúncias a liberação do sequestrado ou que tenha colaborado com a autoridade judiciária ou policial na coleta de provas decisivas para a identificação e captura dos concorrentes” (FRANCO, *op. cit.*, p. 351).

associação em quadrilha ou bando – que viessem a cooperar com as autoridades de persecução penal.

Tratando-se do crime de extorsão mediante sequestro cometido por quadrilha ou bando, o coautor que “denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”¹⁹. As normas premiaias contidas na Lei 8.072/1990 foram inscritas em parágrafos de reduzida extensão, neles inseridos termos jurídicos cujo significado, a toda evidência, desborda o uso jurídico das expressões; esse é o exemplo do termo “denunciar”. Não está a norma a tratar, por interpretação sistemática, de “denúncia” como inicial penal, mas vulgarmente de uma *delatio criminis*.

Em continuidade, o mesmo percentual supracitado serviria à redução de pena no crime de associação em quadrilha ou bando. Nesse ponto, seria possível interpretar que o benefício apenas seria aplicável a associações voltadas especificamente à prática dos crimes previstos no *caput*; apesar dessa ser uma leitura possível, não há limitação expressa à aplicação do benefício em se tratando de associação voltada à prática de outros crimes²⁰.

Ou seja, o integrante de qualquer quadrilha ou bando poderia optar pela colaboração. Fernandes aponta até mesmo que, segundo o regime da Lei de crimes hediondos, seria possível a incidência de duas reduções de pena quando o agente contribuísse, tanto para a libertação de um sequestrado, quanto para o desmantelamento da quadrilha²¹.

Tornando à delação envolvendo o crime de quadrilha ou bando, o membro da *societas sceleris* teria como condição para gozo do benefício a “denúncia à autoridade” que possibilitasse o desmantelamento da associação criminosa; novamente, termo aberto a discussões sobre seu significado²². Buscando aclarar a atecnia da lei, o Ministro Alexandre

¹⁹ Cf. texto do Código Penal, art. 159, § 4º. Destaque-se que, pela posterior promulgação da Lei 9.269/1996, a redução de pena independeria da existência de quadrilha ou bando, podendo ocorrer no mero concurso de agentes.

²⁰ Júlio Fabbrini Mirabete aponta que a redução de pena poderia se estender a outros crimes: “Como a lei não contém palavras inúteis, deve ser distinguido o associado (membro da quadrilha, crime de concurso necessário), do participante (co-autor ou partícipe em crime praticado em concurso eventual), pode-se entender que a diminuição é cabível ao delator não só quanto ao crime de quadrilha (nesse caso o agente é ‘associado’), como também pelo crime por ele praticado, entre os referidos na Lei, como integrante da quadrilha (nessa hipótese o agente é ‘participante’). Se assim não pretendia o legislador não haveria razão para inserir no dispositivo a palavra ‘participante’” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Direito penal**, v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 97).

²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 – crimes hediondos. In: *Ibid.* p. 31.

²² “Ofertava-se, ainda, prêmio para o autor, ou partícipe, que viesse a ‘denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento’ (art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90). Vale notar que

de Moraes indica que desmantelamento deveria ser interpretado no sentido de “necessidade da total interrupção das atividades da associação criminosa”²³.

2.1.2. Lei 9.034/1995 – crime organizado

Seguindo o caminho trilhado pelos diversos diplomas que trataram da colaboração premiada no direito brasileiro, o benefício penal predominante nos diplomas normativos tem sido a redução fracionária da pena. Muito embora sob críticas²⁴, tal benesse se repetiu nos diplomas normativos seguintes que trataram sobre a matéria, a exemplo da Lei 9.034/1995.

Naquele momento histórico, o discurso de enfrentamento ao crime organizado deu origem a projeto de lei do então deputado federal Michel Temer²⁵, político, advogado e jurista constitucionalista, que expunha à imprensa os objetivos almejados com a iniciativa normativa:

A preocupação é debelar os grupos delinquentes que atuam no tráfico, na exploração de lenocínio, no tráfico de crianças, no furto de veículos, no

denunciar e desmantelamento indicam o descuido com a redação da lei, pois o verbo denunciar tem sentido próprio no direito processual penal (art. 24 e segs. do CPP) e o substantivo desmantelamento não se enquadra no vocabulário jurídico. (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Tipificação da organização criminosa**. Tese de doutorado orientada por Ivette Senise Ferreira. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 73/74).

²³ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 56.

²⁴ A doutrina se posicionava às duas bandas. Luiz Flávio Gomes questionava a compatibilidade do instituto da delação premiada com a Constituição Brasileira, “Aparentemente [a transação penal] é a única exceção em nível constitucional ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Tendo em vista o posicionamento adotado (que pode até ser criticável, mas *legem habemus*), só por Emenda Constitucional seria possível prever a abertura de outras possibilidades de quebra do referido princípio. Como se vê, nem sempre a ‘importação’ de institutos estrangeiros encontra inteiro abrigo constitucional. O acordo nos casos de crime organizado, sendo por natureza um crime de alto potencial ofensivo, em princípio conflitaria radicalmente com a letra ou ao menos com o espírito da nossa Constituição” (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 197). Para exemplificar a outra posição, temos que Alberto Zacharias Toron, à época, afirmava que “Com a devida vênua dos ilustres autores, toda vez que uma vida puder ser salva, seja em decorrência de crime comum, seja de delito político, justifica-se o tratamento diferenciado do Direito Penal. Estranho, pelo contrário, seria tratar igualmente o agente que, além de desistir da empreitada criminosa, auxilie a polícia a desvendar o crime e, depois, recebesse todos os rigores da lei. Penso mesmo que o ‘prêmio’ deveria ser maior, comportando até, nos moldes do Código Penal, a progressão no regime de pena” (TORON, Alberto Zacharias, **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 100).

²⁵ Não podemos deixar de lado a constatação da ironia do destino, pois agentes políticos que militaram em prol da normatização da colaboração premiada, repetidamente, acabaram eles próprios alvo de delações.

contrabando e nos chamados crimes do colarinho branco, pelos imensuráveis danos causados à sociedade. É óbvio que o remédio combativo há de ser diverso daquele empregado na repressão às ações individuais²⁶.

A colaboração miraria, portanto, tais práticas criminosas. Para delimitar seu emprego, o Projeto de Lei 3.516/1989, que seria transformado na Lei 9.034/1995, trazia a seguinte definição da organização criminosa: “Aquela que, por suas características, demonstre a exigência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional”²⁷.

Ocorre que o texto que veio a ser sancionado acabou por deixar de fora tal definição²⁸. Causando alguma surpresa, o conjunto de normas que buscava adereçar o problema do crime organizado não o definia²⁹, dificultando consideravelmente a aplicação da Lei ao substrato fático almejado.

²⁶ TEMER, Michel Miguel Elias. Benefícios para casos penais. **Folha de São Paulo**, edição de 12 de novembro de 1994. Primeiro Caderno, p. 3. Disponível em: <<https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=12605&anchor=4841797&origem=busca&pd=51c0fe27f2ea4555dafcff1c7ecb46f9>>. Acesso em: 5 de jan. 2020. Em acréscimo ao posicionamento do futuro presidente do Brasil, a mesma edição da Folha de São Paulo expôs as opiniões dos criminalistas René Ariel Dotti e Luiz Flávio Gomes, um parcialmente favorável e o outro contrário à delação premiada, respectivamente.

²⁷ O texto original do PL 3.516/1989 está disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=213441>>. Acesso em: 5 de jan. 2020.

²⁸ “Percebe-se, então, que as medidas de proteção, de cunho processual, como a previsão de penas mais graves, impossibilidade de determinação da liberdade provisória, benesse legal para o caso de colaboração com a justiça penal etc., vieram antes mesmo da definição jurídica sobre criminalidade organizada, pecando a lei brasileira em alcançar ao universo jurídico uma série de circunstâncias processuais (destinadas ao combate do crime organizado), antes de esclarecer seu conceito. E mais: além de não se preocupar com a definição desse fenômeno, faz nascer o legislador brasileiro uma gama de normas contraditórias e confusas, que, como verificado em momento anterior da pesquisa, chegaram ao ponto de confundir o conceito de quadrilha ou bando com o de criminalidade organizada, como se fossem sinônimos, com as mesmas formas e consequências jurídicas” (FAYET, Paulo. **Da criminalidade organizada**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 38).

²⁹ “Foi elaborada uma lei de ‘combate’ (essa é a expressão utilizada pelo art. 4º da lei) ao crime organizado sem identificá-lo inteiramente, isto é, continuamos legislativamente sem saber o que é que devemos entender por crime organizado (*stricto sensu*), dentro da extensa realidade fenomenológica criminal. O legislador, optando por não individualizar tal realidade criminológica, mencionou, no art. 1º, o delito de ‘quadrilha ou bando’ para firmar o objeto da lei.

[...]

Tudo indica, como se percebe, que a vontade da lei foi criar uma nova modalidade criminosa, qual seja, a ‘organização criminosa’. Aliás, a partir do art. 2º, a Lei 9.034/95 só tem sentido se entendermos que o legislador efetivamente criou essa nova modalidade criminosa. De uma forma bastante surrealista, mas criou.” (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 89). Além, confira-se ainda a evolução do conceito de organização criminosa em SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? *In*: OLIVEIRA, William Terra; NETO, Pedro Ferreira Leite; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedermann. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 166/169.

Antônio Scarance Fernandes assim afirmava que a Lei 9.034/1995 “ainda que não tenha optado pela melhor solução, considerou toda quadrilha ou bando como organização criminosa”³⁰. Frente à incerteza, por muitos anos debateram os estudiosos do Direito sobre quais seriam as características definidoras do crime organizado, na medida em que constava da Lei 9.034/1995 a remissão ao que seria a figura do crime de quadrilha ou bando existente no Código Penal (art. 288). Muitos foram os traços caracterizadores da criminalidade organizada debatidos pela doutrina: associação permanente e estável, hierarquizada, atuante em paralelo à atividade estatal, dentre outros³¹.

Posteriormente, buscou-se também alguma definição para o fenômeno na Convenção de Palermo, incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto 5.015/2004. Esta definiu³² grupo criminoso organizado com sendo um:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material³³.

³⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 38.

³¹ “É comum os autores apontarem muitas características para explicar a organização criminosa, o que dificulta sintetizá-las em alguns caracteres fundamentais: associação permanente e estável de diversas pessoas; estrutura empresarial, hierarquizada e piramidal, com poder concentrado nas mãos dos líderes, os quais não mantêm contato diretamente com as bases; poder elevado de corrupção; uso de violência e de intimidação para submeter os membros da organização e para obter a colaboração ou o silêncio de pessoas não-participantes do núcleo criminoso; finalidade de lucro; uso de sistemas de lavagem de dinheiro para legalizar as vultosas somas obtidas com as práticas delituosas; regionalização ou internacionalização da organização; o uso de modernas tecnologias.

Realmente, como para os membros de uma entidade criminosa é importante que as suas práticas não sejam desvendadas e, mais do que isso, sejam acobertadas, buscam proteção e cobertura de diversos setores institucionalizados, principalmente estatais; fazem imperar no interior do grupo ou no meio social em que vivem a lei do silêncio; ameaçam, intimidam, matam testemunhas; executam serviços em prol da comunidade para dela obter apoio em suas condutas, realizando benfeitorias, promovendo assistência, criando órgãos de apoio” (FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. *In*: _____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 13).

³² Apesar disso, o conceito previsto na convenção também não resolvia o problema da vagueza, mas apenas o distendia ao referir conceito com o qual não guardava identidade (CALLEGARI, André Luís. WEMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto da expansão do direito penal. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo**: volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 729).

³³ Art. 2 da Convenção de Palermo. O inteiro teor da Convenção consta do Decreto 5.015/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 5 de jan. 2020.

A finalidade econômica acrescentada pela referida Convenção visava diferenciar o crime organizado do terrorismo, figura com destacado conteúdo ideológico em suas práticas³⁴.

De toda forma, à falta de clara definição³⁵, parte da doutrina afirmava então que seria impossível a restrição de direitos em razão da indefinição de organização criminosa³⁶. Sequer posterior alteração legislativa através da Lei 10.217/2001, que introduzira a expressão “organizações ou associações de qualquer tipo” no âmbito de abrangência da norma, soube remediar o vazio da organização criminosa.

Estamos aqui a falar de mera definição da figura jurídica, não sobre a necessidade de um tipo penal específico para a criminalidade organizada³⁷. Jorge de Figueiredo Dias bem aponta que o conceito de criminalidade organizada é costumeiramente instrumental à aplicação de especiais medidas de política criminal³⁸. Pretendia-se o acesso a métodos de investigação diferentes, caracterizados por meios de obtenção de provas mais invasivos, a exemplo da colaboração premiada, que minaria a trama criminosa partindo de seu interior. Seu emprego decorreria da “constatação de que os instrumentos processuais tradicionais para a apuração da criminalidade individualizada não se mostraram suficientes para o tratamento do fenômeno da criminalidade organizada”³⁹.

Tratando então de direito premial, a Lei 9.034/1995 dizia que “[n]os crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”⁴⁰.

³⁴ SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 35.

³⁵ Silveira bem aponta que o Decreto diz respeito ao crime organizado transnacional, o que levaria à inaplicabilidade no contexto nacional; além, crime organizado e grupo criminoso organizado não seriam termos de idêntico significado (SIVLEIRA, Renato de Mello Jorge. A definição de crime organizado. *In*: _____ (coord.). **Crônicas franciscanas do mensalão**: comentários pontuais do julgamento da ação penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de direito penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 90).

³⁶ A título de exemplo, o já citado FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. *In*: _____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Crime organizado**: aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 15.

³⁷ Apontamos desde já que o conceito de crime organizado conta com críticos, apontando aqui Juarez Cirino Santos e seu entendimento segundo o qual seria desnecessária a conceituação, especialmente frente à análise do que constituiria o crime organizado segundo diferentes “discursos” (SANTOS, Juarez Cirino. Crime organizado. *In*: PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel (coord.). **Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo**: volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1001).

³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *In*: *Ibid.*, p. 947/948).

³⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁰ *Cf.* art. 6º da Lei 9.034/1995.

Salta aos olhos a necessidade de que a colaboração seja espontânea, o que é diferente de voluntária⁴¹. Deveria partir do agente, não das autoridades persecutórias, a iniciativa para cooperar com o esclarecimento dos crimes cometidos. Não houve previsão do momento processual em que se tornava cabível o prêmio, razão pela qual a doutrina afirmava mesmo o cabimento na fase da execução da pena⁴², desde que alcançados os requisitos pertinentes ao esclarecimento de infrações penais – uma pluralidade delas – e sua autoria.

Em razão da falta de definição, bem como doutras tantas fragilidades, a Lei mereceu diversas críticas⁴³, que já eram notáveis ainda quando o projeto tramitava no Legislativo⁴⁴. Destacamos aqui as sempre ditosas palavras de Ada Pellegrini Grinover que, confrontando o ordenamento brasileiro e o italiano - inspiração evidente do legislador pátrio para as normas pertinentes à criminalidade organizada -, apontava a necessidade de reformas estruturais, não bastando ao almejado combate ao crime a mera alteração em matéria de processo penal:

Mas uma coisa é certa e pode extrair-se do conjunto de medidas adotadas na Itália: criou-se com elas um sistema completo contra o crime organizado, cuidando-se de aspectos penais, processuais e administrativos, passando pelo ordenamento penitenciário e chegando-se à proteção dos ‘colaboradores da justiça’ e das vítimas. O sistema italiano não limitou à reforma das leis penais e processuais (estas, por vezes, criticáveis), mas se preocupou em dotar os órgãos de investigação e de persecução dos instrumentos necessários para enfrentar a criminalidade organizada, reequipando-os, modernizando-os e coordenando as atividades conjuntas do Ministério Público e da polícia. Isso representa, para nós, uma lição a

⁴¹ “A diferença marcante entre tais conceitos é esta: no ato espontâneo a ideia, a iniciativa de praticá-lo emana do próprio agente; no ato voluntário não se exige que a ideia de praticá-lo seja do próprio agente (isto é, mesmo que ele tenha ouvido conselhos alheios, acaba por praticar um ato voluntário, embora não espontâneo)” (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 168).

⁴² *Ibid.*, p. 168.

⁴³ “Melhor seria, como antedito, que não se mencionasse a figura da ‘organização criminosa’, preferindo-se ‘organização de criminosos’ ou, simplesmente, quadrilha ou bando” (SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado**: inovações da Lei 9.034/95. Curitiba: Juruá, 1995. p. 41). Vide, ainda, a crítica sob enfoque do trato dado à publicidade dos atos de persecução penal em PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. **A publicidade no processo penal brasileiro**: confronto com o direito à intimidade. Dissertação de mestrado sob orientação de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000. p.298/300.

⁴⁴ Cite-se GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei anti-crime organizado. **Boletim IBCCRIM**, ed. 13, fev. de 1994.

ser devidamente assimilada: qualquer reforma, neste campo, será inútil se as instituições não forem reestruturadas⁴⁵.

Sem preocupação sistematizadora, logo foi promulgado novo diploma legislativo contendo medidas premiaias de redução de pena, seguindo moldes semelhantes aos anteriores.

2.1.3. Lei 9.080/1995 e 9.613/1998 – crimes financeiros

A Lei 9.080/1995 inseriu hipóteses de redução de pena nos delitos previstos nas Leis 7.492/1986 e 8.137/1990, aplicando a mesma redução de um a dois terços a quem revelasse espontaneamente a “trama delituosa” do crime cometido por quadrilha ou em coautoria. Novamente, a redação normativa deixava a desejar. Avistou-se então a expansão dos mecanismos de direito premial a outros delitos do ordenamento, no entanto, foi mantida a mesma fórmula de exposição de benefícios sem qualquer procedimento ou cuidado sistematizador em prol de um regime próprio para a delação premiada⁴⁶.

Foi logo seguida por uma inovadora expansão dos benefícios concedidos em razão da delação, dessa vez pela Lei 9.613/1998, que premiou o delator com a costumeira redução de um a dois terços de pena, acrescida da possibilidade de cumprimento em regime aberto, ou mesmo a não aplicação da pena privativa de liberdade, que poderia ser substituída por pena restritiva de direito. Com razão, parte da doutrina reconhecia nos benefícios citados um “prêmio significativo e incomparável”⁴⁷.

Sequer é fácil apontar os motivos pelos quais a lavagem de dinheiro em específico poderia ser mais bem adereçada com a previsão de tais benefícios, enquanto os demais

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal, 3**: críticas e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28/29.

⁴⁶ O que foi alvo de críticas: “De se ressaltar, finalmente, que a norma ora analisada deveria, além de conceder um benefício, fixar sanções específicas para os casos em que a delação for mentirosa, mormente pelas graves consequências quando difundida pelos meios de comunicação em massa, e fornecer condições para assegurar a incolumidade física do delator” (MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**: anotações à Lei Federal n. 7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 151).

⁴⁷ BARROS, Marco Antonio de. **A lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 169.

delitos financeiros ou mesmo crimes contra a vida, não⁴⁸. Daí desponta a falta de sistematicidade quanto ao cabimento da medida; os benefícios eram grandes, entretanto, permanecia o vazio quanto ao procedimento para sua aplicação⁴⁹.

Tudo o que dizia a norma era que faria jus o colaborador que prestasse esclarecimentos que “conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”⁵⁰. Buscando preencher o silêncio normativo, bem como assegurar a presteza do instituto, parte da doutrina via a necessidade de formalização de um acordo entre colaborador e o Ministério Público, instrumento que seria posteriormente levado à homologação do juízo para análise da legalidade. Passado algum tempo, Marco Antonio de Barros reconhecia que “em um ou outro caso, é isso o que se vê, mas nada se encontra regulamentado”⁵¹.

Tal proceder buscava trazer maior segurança às partes do processo, visto que, de um lado, a Acusação já contaria com a índole do colaborador em lhe prestar auxílio, fornecendo declarações e elementos de informação de que tivesse conhecimento; doutro lado, o agente colaborador poderia ter a expectativa de obter os benefícios penais anunciados em leis. Tal expectativa não garantia por si a futura aplicação dos benefícios, como bem apontaram Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, estando a efetiva aplicação pendente de decisão judicial:

Este, aliás, é um grande obstáculo da colaboração. O delator faz o acordo com um sujeito processual, o Ministério Público, mas quem deverá decidir sobre a produção dos efeitos jurídicos é outro sujeito, no caso, o juiz, que irá aplicar a pena com a causa de diminuição ou mesmo deixar de aplicar a pena. E, o que é mais paradoxal, mesmo com posicionamento do

⁴⁸ Apontamento também presente em BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao confronto e declarações do corrêu**. Orientador Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018. p. 141/143.

⁴⁹ E a legislação processual penal codificada não vinha em auxílio, conforme apontamento de Fausto Martin de Sanctis: “A legislação sobre a lavagem de dinheiro, mesmo com as alterações recentes (Lei n. 9.613, de 03.03.1998, cc. a Lei n. 12.683, de 09.07.2012), não previu um procedimento específico. Apenas o Código de Processo Penal divide os ritos processuais em ordinário, sumário, sumaríssimo e do Júri, prevendo agora, diante das recentes alterações, a audiência dos acusados após a instrução, no final de todos os procedimentos, o que, como se verá no próximo item, representou um complicador quando se pensa em delação premiada” (SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 196).

⁵⁰ Redação original do Art. 1º, § 5º, da Lei 9613/1998: “§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

⁵¹ BARROS, Marco Antonio de. **A lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 168.

Ministério Público no sentido de que a colaboração foi efetiva para a persecução penal, o juiz poderá entender de maneira diversa e deixar de aplicar os seus efeitos jurídicos⁵².

O vazio normativo fazia com que também não houvesse unanimidade sobre qual seria o momento possível para a colaboração. Marcelo Batlouni Mendroni defendia que a colaboração deveria exsurgir “no máximo em período de tempo próximo ao interrogatório judicial”⁵³, expressão um tanto vaga, mas que, em seu entender, permitiria a apuração dos fatos delitivos⁵⁴. Posterior alteração legal incluiu a possibilidade de que o regime inicial fosse não só o aberto, mas também o semiaberto, deixando ainda claro ser cabível a aplicação de benefícios mesmo que iniciada a colaboração durante a execução penal⁵⁵ (emprego da expressão “a qualquer tempo”):

§ 5o A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime⁵⁶.

A alteração não mudou muito do sentido original da norma, visto que, atendidas as condições expostas na Lei 9.613/1998, seria direito do colaborador usufruir de benefícios⁵⁷. Desde muito, contudo, o mundo jurídico apontava que a efetividade do instituto estava

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 170/172.

⁵³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 115.

⁵⁴ “Como a lei não estabelece o momento processual, as indicações (esclarecimentos), segundo interpretamos, devem ainda necessariamente ser prestadas no máximo em período de tempo próximo ao interrogatório judicial, para que não sirva de ‘tábua de salvação’ àquele acusado que esteja prestes a ser sentenciado, viabilizando a devida apuração e comprovação por parte da Polícia e do Ministério Público, ainda no correr do processo” (*Ibid.*, p. 115).

⁵⁵ Muito embora Badaró e Bottini reconhecessem tal possibilidade mesmo na redação inicial da norma (BADARÓ; BOTTINI, *loc. cit.*).

⁵⁶ Art. 1º, § 5º, da Lei 9613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683/ 2012.

⁵⁷ “Embora o §5º do art. 1º preveja que ‘a pena poderá ser reduzida [...]’, uma vez satisfeitos os requisitos legais, a aplicação de um dos efeitos jurídicos da delação premiada é obrigatório” (BADARÓ; BOTTINI, *loc. cit.*).

comprometida pela ausência de medidas protetivas que incentivassem a colaboração⁵⁸. Damásio de Jesus era um dos que anunciava que “a chamada delação premiada ou traição benéfica não foi recebida nem pela doutrina nem pelos criminosos”⁵⁹, enquanto Luiz Flávio Gomes apontava como causa o fato de que “o delator não tinha nenhuma garantia (nenhuma proteção)”⁶⁰.

2.1.4. Lei 9.807/1999 – proteção a colaboradores

Buscando saldar tal deficiência, o legislador pátrio promulgou a Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999 voltada ao resguardo de vítimas e testemunhas ameaçadas⁶¹, estendendo o programa de proteção aos réus colaboradores. Tal providência se mostrava razoável na medida em que o criminoso, ao se tornar delator, passa a ser inimigo do círculo criminoso do qual outrora fizera parte⁶², situação que se cerca de especial periculosidade quando se

⁵⁸ Barros reconhecia que, ao menos, o cumprimento em regime inicial diverso tenderia a proteger o colaborador: “Outro importante benefício consiste no acréscimo de estender ao condenado o direito de cumprir a pena no regime aberto ou semiaberto, desde o início. Fica bem claro, por esta ordem, que o legislador visa impedir que o lavador-colaborador tenha que cumprir a pena no mesmo presídio em que forem recolhidos os demais coautores ou partícipes da lavagem, ou os autores do crime antecedente. A obediência do juiz a esta norma é de suma relevância para o sucesso da política criminal adotada e não poderá ser desrespeitada a qualquer título, podendo até ser exigido o cumprimento deste direito mediante a impetração do remédio heroico do *habeas corpus*” (BARROS, Marco Antonio de. **A lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 169).

⁵⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. O fracasso da delação premiada. **Boletim IBCCRIM**, ed. 21, set. 1994.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Lei de proteção a vítimas e testemunhas: primeiras considerações. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal, 7**: críticas e sugestões: justiça criminal moderna: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2000. p. 350.

⁶¹ Anteriormente, Ada Pellegrini Grinover reportava a existência de um projeto de Lei, além de iniciativas privadas de caráter esparso para proteção de testemunhas e delatores (GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado na legislação brasileira. In: CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). **Temas atuais de direito**. São Paulo: LTr, 1998. p. 398). Apesar disso, o sistema que veio a ser implantado se constatou altamente ineficiente: “A opção brasileira por um sistema descentralizado de proteção a vítimas e testemunhas destoa de absolutamente todos os modelos existentes ao redor do globo [...] A ausência de coordenação entre diversos programas estaduais de proteção e o órgão executor nacional é tamanha que não existem sequer dados estatísticos acerca da quantidade de pessoas protegidas ou o grau de eficácia do programa” (SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. **O anonimato no processo penal**: proteção a testemunha e o direito à prova. Dissertação de mestrado sob orientação do Prof. Titular Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 174/177).

⁶² Basta ver que, além de acusador, o delator tem contra si maior ódio dos delatados em razão da traição: “Os países que consagraram medidas de proteção a vítimas e testemunhas trataram de estendê-las aos co-réus colaboradores, pois igualmente suportam riscos para sua segurança e de seus familiares quando se dispõem a prestar declarações contra as organizações criminosas. A rigor, os riscos que suportam tais pessoas são até mais gravosos do que os suportados por vítimas e testemunhas, pois são consideradas pelos demais membros da organização como ‘traidoras’, afigurando-se a vingança contra elas ou seus familiares quase que inevitável” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo, Atlas: 2003. p. 136).

encontra preso na mesma condição doutros membros do grupo infrator, como bem aponta Élio Wanderley de Siqueira Filho:

[...] as organizações criminosas conseguem, sem maiores obstáculos, eliminar os eventuais ‘traidores’, praticando a ‘queima de arquivo’. Nessa situação, caso detido o colaborador, tal eliminação seria ainda mais fácil, diante dos tentáculos que aquelas organizações mantêm no interior dos estabelecimentos prisionais⁶³.

Ali se viu a confirmação da expansão dos benefícios previstos em instrumentos anteriores, estipulando-se a possibilidade de perdão judicial, além do já conhecido benefício de redução da pena pela fração de um a dois terços.

O grande diferencial do diploma foi a não-previsão de um elenco de delitos aos quais seria aplicável a colaboração, tornando os seus benefícios cabíveis a todos os crimes existentes no direito brasileiro⁶⁴. Alberto Silva Franco bem afirma que a Lei cria “causa extintiva de punibilidade através do perdão judicial, quer como causa de diminuição de pena em relação a qualquer figura típica desde que o colaborador ou delator reúna os requisitos exigíveis”⁶⁵.

Tais requisitos, em se tratando do perdão, principiam pela exigência de primariedade. Logo se vê que os requisitos para o perdão são maiores, no entanto, mesmo a redução de pena deve estar devidamente fundamentada por decisão judicial que venha a aplicar os benefícios previstos na Lei 9.807/1999.

Nada é dito sobre o procedimento, mas deve restar comprovado que o colaborador tenha identificado os demais coautores ou partícipes ou contribuído para a localização da vítima com a sua integridade física preservada, senão ao menos para a recuperação total ou parcial do produto do crime.

⁶³ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado**: inovações da Lei 9.034/95. Curitiba: Juruá, 1995. p. 83.

⁶⁴ Há quem critique a proporcionalidade da norma (SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Crime organizado**: aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 50), há quem negue o alcance imaginado. A título de exemplo: “Portanto, no nosso entendimento, a Lei nº 9.807/99 somente expandiu os benefícios penais das hipóteses de delação premiada já existentes, pois previu sua concessão, especialmente a possibilidade de perdão judicial, a qualquer hipótese de delação premiada anteriormente prevista em lei – e não a todo e qualquer tipo penal” (BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao confronto e declarações do corrêu**. Orientador Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018. p. 141/143).

⁶⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 354.

A interpretação da norma permite certa abertura quanto aos requisitos, mas tem se entendido que o dispositivo conta com condições alternativas para que se alcance a fruição dos benefícios. Doutra via, somente seria cabível tal colaboração em crimes envolvendo sequestro em coautoria, nos quais houvesse ainda algum patrimônio a ser recuperado como produto do crime. A independência dos requisitos, destaque-se, dá margem à aplicação dos benefícios penais mesmo quando inexistente o concurso de agentes, acaso cumpridas apenas as outras condicionantes.

2.1.5. Leis 10.409/2002 e 11.343/2006 – leis de drogas

Poucos anos após, surge novo diploma de interesse à matéria, agora tratando do delito de tráfico ilícito de entorpecente. Nele também se buscou debelar empreitadas criminosas através de mecanismos premiais, de tal forma que a Lei 10.409/2002 inseriu mecanismos da espécie e, de maneira inovadora, foi expressa em indicar a possibilidade de acordo entre agente e o Ministério Público⁶⁶. Consta de apenas dois parágrafos do art. 32 o seguinte:

§ 2o O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

⁶⁶ Adiante trataremos sobre a diferenciação entre os diferentes mecanismos premiais, mas há motivos para se afirmar que a previsão de acordo foi inédita; “primeira tentativa de introduzir uma disciplina de colaboração processual no ordenamento jurídico brasileiro” (BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao confronto e declarações do corrêu**. Orientador Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018. p. 144). Nesse mesmo sentido, afirma Antonio Scarance Fernandes: “Difere a delação premiada da colaboração processual, figura de direito processual, em que há acordo entre Ministério Público e colaborador. Foi introduzida no sistema brasileiro pela Lei 10.409, de 2002 sobre entorpecentes, revogada pela Lei 11.343/2006, que prevê apenas a delação premiada. [...] Com isso, inexistente no direito brasileiro o instituto da colaboração processual” (FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *In*: PRADO, Luiz Regis. DOTTI; René Ariel (coord.). **Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo**: volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 764/765).

§ 3o Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão⁶⁷.

A aplicação dos dispositivos, contudo, foi longe de pacífica. A começar pelo fato de que o veto presidencial deixou a nova norma “deveras retalhada”⁶⁸ na medida em que foram vetados todos os tipos penais do novo diploma sobre entorpecentes – mais de 30 artigos foram alvo de algum decote. Os tipos penais relativos à temática, portanto, permaneceram no anterior diploma que tratava sobre a matéria, a Lei 6.368/1976.

Enquanto isso, buscou-se interpretar que porção do novo regime da Lei 10.409/2002 poderia ser aproveitada. O dispositivo premial ocupava ali uma posição *sui generis*: a norma constava de parágrafos desacompanhados de *caput*. Reproduzindo o que poderia ser uma figura folclórica brasileira, o “artigo sem cabeça” de número 31 continha normas premiais razoavelmente independentes⁶⁹ do restante do conteúdo vetado da Lei 10.409/2002.

Havia quem defendesse que o capítulo IV da Lei 10.409/2002 não possuía eficácia, pois se iniciava pelo art. 27 que dizia “O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo”. A conclusão se justificava pela constatação de que, em razão do veto presidencial, não subsistiram os crimes previstos no diploma, motivo que obstaria a eficácia dos seus arts. 27 a 34. Outra corrente dizia que “os arts. 27 a 34 da lei revogaram parcialmente as disposições da Lei n. 6.368/76, que disciplinavam a parte inquisitiva do procedimento referente aos delitos de tráfico de drogas”⁷⁰, nas palavras de Damásio Evangelista de Jesus, subsistindo os dispositivos não disciplinados na lei nova.

⁶⁷ Art. 32, §2º, da Lei 10.409/2002.

⁶⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Tráfico de drogas. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (organizadores). **Direito penal**, v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 316 e 323.

⁶⁹ Alberto Silva Franco assim afirmava que “[...] tudo está a indicar que os §§ 3º e 4º do art. 32 podem e devem subsistir não apenas porque estão estrutural e independentemente conceituados, não havendo necessidade de apelar-se ao *caput* para sua necessária compreensão, como também porque se traduzem em normas penais mais favoráveis em relação aos art. 13 e 14 da Lei 9.807/99” (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355).

⁷⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei antitóxicos anotada**. 8a ed. São Paulo, Saraiva, 2005. p. 13/12.

Em meio à discórdia, a Lei de Drogas acabou por ser enfim substituída pela Lei 11.343/2006 que contou com dispositivo premial, mas deixou de reproduzir a possibilidade de acordo entre Ministério Público e investigado:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços⁷¹.

Repetindo antiga fórmula, a nova lei trouxe o regime de redução fracionária da pena já previsto em todos os demais diplomas normativos acima expostos.

2.1.6. Outros mecanismos premiais – acordo de leniência

Muito embora as Leis acima expostas não utilizem uma nomenclatura uniforme, a doutrina nelas identificava características comuns do que seria uma delação premiada ou colaboração processual. Contudo, novos diplomas legislativos passaram a tratar de mecanismos de leniência, atribuindo-lhes efeitos sobre a esfera criminal.

Firmado no âmbito administrativo, o chamado acordo de leniência surge como mecanismos que abarcaria não apenas pessoas físicas, mas também jurídicas; destacamos, em especial, trecho da Lei 12.529/2011:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

⁷¹ Art. 41 da Lei 11.343/2006.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo⁷².

Ali se vê a previsão de que o acordo firmado no âmbito da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pode levar à extinção da punibilidade. Embora o ponto ainda seja discutido atualmente pela doutrina e jurisprudência, mormente em razão da titularidade da ação penal pública pertencer em essência⁷³ ao Ministério Público, tais hipóteses de aplicação do direito premial também devem ser mencionadas no estudo da matéria em sua atual conformação, muito embora não abarcadas no específico objeto do trabalho.

2.2. Lei 12.850/2013

O advento da Lei 12.850/2013 alterou consideravelmente o panorama jurídico em relação aos mecanismos premiais no direito penal brasileiro, retomando a possibilidade de acordo entre agente e órgão persecutório⁷⁴ já avistada na Lei 10.409/2002, cuja aplicabilidade se comprovou conturbada.

Resta expressamente revogado o anterior diploma sobre crime organizado, a Lei 9.034/95. Inova a lei, a começar, pela definição legal ali avistada sobre o que efetivamente

⁷² Art. 87 da Lei 12.529/2011.

⁷³ Mas não na integralidade, por existir a ação penal privada em suas diferentes formas.

⁷⁴ “A grande inovação, inexistente na esparsa legislação relativa à delação premiada, é a previsão legal de assinatura de um acordo de colaboração premiada, o que reflete diretamente na sua natureza jurídica.” (BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao confronto e declarações do corrêu**. Orientador Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018. p. 148).

consiste uma organização criminosa⁷⁵, campo em que seria cabível a aplicação de meios de obtenção de prova excepcionais⁷⁶.

Não se pode ignorar que, no ano anterior à promulgação da lei das organizações criminosas, outro diploma já havia tentado defini-la. Trata-se da Lei 12.694/2012 que abriu a possibilidade de julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição em crimes praticados por organizações criminosas⁷⁷, delimitando assim o conceito:

[...] associação, de 3 (três) 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 crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Pouco se alterou na nova definição de organização criminosa dada pela Lei 12.850/2013:

⁷⁵ Conceito tratado por diversos campos, como aponta Jorge de Figueiredo Dias: “A criminalidade organizada constitui antes de tudo (é este, como disse já, o seu ponto de partida) um fenómeno social, económico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea; de tal modo significativo na vida dos povos e das pessoas que não pôde deixar de apelar para a sua consideração pelo direito” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal*. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 71/2008, março/abril-2008. p. 2). A propósito, curioso destacar a afirmação de Eugenio Zaffaroni tendente a negar a figura do crime organizado como conceito científico: “O desconcerto dos criminólogos não é gratuito: eles têm de encontrar uma categoria que satisfaça os políticos, a polícia e, sobretudo, a imprensa e, em certa medida, os autores de ficção. O *organized crime* não é um conceito criminológico, mas uma tarefa que o poder impôs aos criminólogos” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime organizado”: uma categorização frustrada. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 1, nº 1, 1º sem., 1996. Relime Dumará, p. 48. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/61907478/zaffaroni-raul-crime-organizado-uma-categoria-frustrada>>. Acesso em: 16 out. 2019).

⁷⁶ Em matéria de medidas emergenciais para combate à criminalidade, destacamos: “*El primer modelo de intervención, cuyo paradigma es la legislación italiana, es el modelo de la emergencia: el tratamiento de la criminalidad organizada como un enemigo a batir, una ‘lucha’ contra esta criminalidad que se erige como ‘un statto en lo statto’*. Se trata de una lógica utilitarista del ‘palo y la zanahoria’, inspirada en preocupaciones pragmáticas de prevención general, con las siguientes características: exacerbación de la punición con adelantamiento de la intervención, penalización de la colaboración, delitos asociativos, desmantelamiento de la organización criminal con figuras premiales (favorecimiento de la colaboración policial y del arrepentimiento), así como reconocimiento jurídico de figuras procesales como el agente encubierto, entregas vigiladas, etc. [...] En realidad, este tipo de respuesta de emergencia o excepcional es muy próxima a la política criminal contra el terrorismo; de ahí que la tendencia en los últimos tiempos haya sido la de asimilar el tratamiento penal del terrorismo al de la criminalidad organizada” (RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis*. In: MULAS, Nieves Sanz (coord.). **El desafío de la criminalidad organizada**. Granada: Comares, 2006. p. 61).

⁷⁷ Diploma que busca um fim legítimo, a proteção de magistrados, porventura através de meio pouco prático, especialmente por inserir novos juízes no processo, ou seja, novos possíveis alvos para a injusta vingança de organizações criminosas.

[...] 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 transnacional⁷⁸.

O que houve de mais relevante foi a alteração do número mínimo de agentes exigido para a configuração da organização⁷⁹. Esse constitui o primeiro traço distintivo que diferencia a criminalidade organizada do concurso de agentes ou mesmo da associação criminosa, exigindo-se de partida um número maior de agentes, dado que por si só evidencia o maior potencial da organização em cometer crimes mais danosos⁸⁰.

Exige-se ainda estrutura ordenada entre seus membros, característica que era indicada anteriormente pela doutrina nacional. Os líderes da empreitada criminosa não necessariamente lidam com os demais membros da organização, existindo outros sujeitos entre eles e os demais subalternos. Essa se trata de uma prática que permite a continuidade da organização mesmo quando privada de alguns de seus integrantes, pois os mais graduados acabam protegidos pela estrutura hierárquica, não se envolvendo diretamente nas atividades de maior risco.

A divisão de tarefas, doutra via, permite a maior eficiência na prática de delitos. Tomando como exemplo uma organização criminosa voltada ao tráfico ilícito de entorpecentes, os líderes da organização são responsáveis pela definição dos rumos da empreitada delitiva, enquanto outros sujeitos intermediários desempenham suas ordens, alguns deles especializados na gerência e execução de funções das mais variadas: produção e refino de drogas, logística e distribuição, proteção contra autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como contra organizações rivais, comércio de entorpecentes e lavagem dos valores provenientes da prática criminosa.

Muito do que aqui se disse sobre as características do crime organizado provêm da análise doutrinária prévia à existência da figura legal, de tal forma que tais estudos acabam servindo hoje mormente como referência histórica prévia à tipificação. Certo, contudo, que

⁷⁸ Art. 1º, §1º, da Lei 12.850/2013.

⁷⁹ “Altera, na verdade, somente três aspectos da lei anterior: (i) quatro ou mais pessoas (a lei revogada falava em três ou mais), (ii) prática de infrações penais (a lei anterior falava em crimes) e (iii) pena superior a quatro anos de prisão (a lei anterior falava em pena igual ou superior a quatro)” (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25).

⁸⁰ “Criminalidade organizada, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e de perigo gigantescos, além de poder produzir consequências imprevisíveis e incontroláveis” (*Ibid.*, p. 22).

a grande quantidade de agentes atuando em concerto torna possível a aproximação entre uma organização criminosa e uma empresa tendente à estabilidade temporal – embora tal aproximação não seja obrigatória. O objetivo da organização criminosa inscrita na Lei 12.850/2013, com efeito, deve ser a obtenção de vantagem de qualquer natureza através da prática de infrações penais⁸¹.

Conquanto a Lei 12.850/2013 tenha alterado o conceito anterior de crime organizado como entidade voltada à prática de infrações penais (não apenas crimes, como antes dizia a Lei 12.694/2012), persiste o critério de que apenas infrações graves permitem o reconhecimento da organização criminosa. Assim, deve a infração ser apenada em mais de quatro anos de pena privativa de liberdade, ou deter especial gravidade por envolver infrações de caráter transnacional. Os traços acima expostos diferenciam a organização criminosa das demais figuras associativas existentes no direito penal: associação criminosa (antiga quadrilha ou bando, art. 288 do Código Penal), milícia privada (art. 288-A do Código Penal) e associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006).

Até aqui enunciamos o conceito de organização criminosa, que é necessário para determinar quando as autoridades responsáveis pela persecução penal podem fazer uso dos meios de obtenção de provas na forma da Lei 12.850/2013. Ou seja, a colaboração premiada sob o regime dessa Lei é cabível quando as autoridades persecutoras avistarem efetiva organização criminosa⁸².

O regime da colaboração premiada da Lei 12.850/2013 assim cimenta no direito brasileiro ferramentas de combate anteriormente previstas em tratados subscritos pelo Brasil, mencionando-se em específico a Convenção de Palermo (Decreto 5.015/2004) e a

⁸¹ Embora tenhamos apontado a tendência empresarial, nas palavras de Bitencourt e Busato, a exigência de finalidade específica de cometer crimes para configuração da organização criminosa afastaria a possibilidade de que o cometimento de crimes econômicos no desempenho da atividade empresarial de determinada sociedade configura-se o tipo, pois, nos termos da Lei, a estruturação e divisão de funções não visaria primariamente a prática de crimes, mas a realização de seu objetivo social. A prática de crimes, assim, seria apenas um elemento acidental não caracterizador da organização existente: “Em outros termos, a prática de crimes, normalmente econômicos, por empresários mesclados com sua atividade-fim não constitui a figura agora definida pela lei como organização criminosa. A ‘estrutura ordenada’ e a natural ‘divisão de tarefas’ existente no seio empresarial não têm o ‘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’, que constitui a essência da organização criminosa” (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28).

⁸² Destacamos que alguns dos meios de obtenção de provas constantes da Lei 12.850 já constavam de diplomas legais anteriores, a exemplo da quebra de sigilo bancário (Lei complementar 105/2001), ostentando critérios mais amplos sob regime diverso.

Convenção de Mérida (Decreto 5.687/2006) em cujos artigos 26⁸³ e 37⁸⁴, respectivamente, encontram-se diretivas para cooperação de agentes com as autoridades de persecução penal. O influxo internacional é em parte motivado pela inserção no ordenamento pátrio de mecanismos comuns a outros ordenamentos e culturas jurídicas⁸⁵.

⁸³ “Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo”. Art. 26 da Convenção de Mérida. O inteiro teor da Convenção consta do Decreto 5.687/2006.

⁸⁴ “Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.

5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo”. Art. 37 da Convenção de Mérida. O inteiro teor da Convenção consta do Decreto 5.687/2006.

⁸⁵ Em matéria de direito estrangeiro, mencionamos: “Nos Estados Unidos da América, os acordos entre acusação e acusado (*plea bargaining*) também estão incorporados na cultura jurídica, o que facilita a obtenção de colaboração premiada. Essa sistemática é resultante da tradição calvinista, na qual confessar publicamente a culpa, praticar um ato de contrição, revelam uma atitude cristã que deve ser valorizada pelo direito. Em tempos remotos, antes do início do julgamento, o juiz indagava o acusado quanto a sua pretensão de declarar-se publicamente culpado, pedir perdão e aceitar livremente a punição de seu crime. Atualmente, a admissão de culpa não se destina à satisfação da moral pública, podendo resultar em eficaz estratégia do Ministério Público para obter a condenação dos chefes do crime organizado. Aceitando proposta do procurador para ‘testemunhar’ em favor da acusação, o colaborador é incluído num *witness protection program*, no qual poderá usufruir de uma nova identidade, alojamento, dinheiro e outra profissão.

2.2.1. Retrato da colaboração

A colaboração premiada se coloca então como um mecanismo voltado ao desmantelamento do crime organizado, rompendo com a regra do silêncio imposta aos membros de organizações da espécie, bem como às pessoas em seu entorno. Independentemente dos valores éticos envolvidos⁸⁶, entendeu o legislador que a expansão do direito premial possibilitaria a obtenção de provas a partir da contribuição dos próprios criminosos que comumente se organizam de maneira a dificultar a atuação das forças persecutórias, como bem expõe Eduardo Araujo da Silva:

Ademais, como já referido, o crime organizado tem como uma de suas características principais o alto poder de intimidação, não poupando os que ousam violar a ‘lei do silêncio’ imposta a todos os integrantes da organização. O ‘segredo’ é a lei suprema que rege a vida dos ‘chefes’, ‘gerentes’ ou simples ‘soldados’ dos cartéis. O temor da vingança, portanto, naturalmente dificulta a obtenção da prova oral nas investigações criminais e processos penais que envolvem a criminalidade organizada⁸⁷.

O agente que pretenda colaborar com as autoridades responsáveis pela persecução penal (Polícias Judiciárias e Ministério Público) tem de empreender consideráveis esforços para lhes ser útil, devendo prestar sua colaboração de forma efetiva e voluntária. Os efeitos buscados pela delação seriam aqueles previstos nos incisos do art. 4º, *caput*, quais sejam, identificação dos coautores e partícipes da organização criminosa bem como das infrações

No direito italiano, as origens históricas do fenômeno dos ‘colaboradores da Justiça’ é de difícil identificação; porém sua adoção foi incentivada nos anos 70 para o combate dos atos de terrorismo, sobretudo a extorsão mediante sequestro, culminando por atingir seu estágio atual de prestígio nos anos 80, quando se mostrou extremamente eficaz nos processos instaurados para a apuração da criminalidade mafiosa. O denominado *pentitismo* do tipo mafioso permitiu às autoridades uma visão concreta sobre a capacidade operativa das Máfias, determinando a ampliação de sua previsão legislativa e a criação de uma estrutura administrativa para sua gestão operativa e logística (Setor de Colaboradores da Justiça). O sucesso do instituto ensejou, até mesmo, uma inflação de arrependidos buscando os benefícios legais gerando o perigo de sua concessão a indivíduos que não gozavam do papel apregoado perante as organizações criminosas” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 79).

⁸⁶ Os quais já chamavam mesmo a atenção de BECCARIA: “Alguns tribunais oferecem a impunidade ao cúmplice de um grande crime que trair os seus companheiros. Esse expediente apresenta certas vantagens; mas não está isento de perigos, de vez que a sociedade autoriza desse modo a traição, que repugna aos próprios celerados” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 57).

⁸⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 42/43.

penais por eles cometidas, revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização, prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização, recuperação do produto ou proveito das infrações da organização e localização de eventual vítima com a integridade física preservada. Não é necessário que todos os efeitos supracitados sejam avistados na colaboração prestada pelo agente; especialmente porque há requisito cabível apenas nos crimes envolvendo coação à liberdade pessoal (inciso V, art. 4º, *caput*, voltado mormente aos crimes envolvendo sequestro e cárcere privado).

Por esse e outros motivos é possível afirmar a inexistência de identidade entre uma simples delação de comparsas e a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013. Há a possibilidade normativa de que a colaboração premiada se dê mesmo que o colaborador não venha a delatar os demais membros da organização criminosa – uma delação parcial⁸⁸ – caso consiga um acordo visando apenas algum dos outros efeitos almejados pela colaboração; uma possibilidade que não nos aparenta ser predominante na prática.

Dito isso, o benefício máximo a ser negociado pelo colaborador e autoridade de persecução penal é o não oferecimento de denúncia, previsto no § 4º do art. 4º da Lei 12.850/2013, mas que só pode ser pactuado com agente que não seja líder da organização criminosa e que tenha sido o primeiro a colaborar. O advento da Lei 13.964/2019⁸⁹ trouxe esclarecimentos sobre a necessidade de ineditismo para a concessão do benefício em questão, estipulando que somente será cabível o também chamado pacto de imunidade quando inexistir conhecimento prévio da infração, dado a ser avaliado segundo a existência ou não de investigação instaurada em relação aos fatos reportados pelo colaborador. Tal espécie de acordo foi alvo de discussão doutrinária e atualmente é debatido no Supremo Tribunal Federal frente a um caso avistado em rumoroso episódio da vida política nacional, exsurgindo a excepcionalidade dessa dispensa ao processo.

Além do excepcional pacto de imunidade, podem ser acordados na colaboração o perdão judicial, a redução de até dois terços da pena privativa de liberdade, substituição por pena restritiva de direito; nas colaborações posteriores à sentença, o acordo pode envolver a redução de até metade da pena ou estipulação de progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. Cumpre apontar que, ainda que não previsto no acordo, é possível que o colaborador seja beneficiado com o perdão judicial (art. 4º, § 2º). O benefício se aplica

⁸⁸ Com ressalvas em razão da nova redação do art. 3º-C, §3º, da Lei 12.850/2013 decorrente da Lei 13.964/2019, ainda não em vigor; essa interpretação seria possível nos termos da Lei, mas seria potencialmente menos proveitosa à investigação e posterior acusação, razão pela qual não se espera seja avistada tão comumente.

⁸⁹ Ainda em *vacatio legis* ao tempo do presente trabalho.

à colaboração que exceda as expectativas iniciais e, muito embora não tenha chamado a atenção dos juristas, trata-se de um benefício maiúsculo⁹⁰. A atribuição de efeitos não previstos no acordo, contudo, é exceção.

O acordo de colaboração se torna figura central da colaboração premiada da Lei 12.850/2013, nela tendo surgido o procedimento para sua concretização, muito embora parte da doutrina apontasse que a formalização de um acordo já deveria ser possível – mais que isso, há quem dissesse recomendável – em regime premial anterior⁹¹. O procedimento padrão da colaboração premiada pode ser seccionado em fases, que a doutrina divide de formas diversas, mas podem ser sumarizadas na seguinte sequência⁹²: (i) negociação, (ii) formalização do acordo, (iii) homologação judicial, (iv) colaboração efetiva através da produção de provas, (v) sentenciamento para concretização do benefício⁹³. Diz-se procedimento padrão, pois o acordo de imunidade e o acordo no curso da execução não contam com todas as fases – não há sentença posterior, circunstância que será melhor exposta adiante no título 3.1.

Como já mencionado, importa que a colaboração seja voluntária, o que é diferente de delação espontânea tal qual prevista na revogada Lei 9.034/1995. O colaborador, acompanhado de defensor em todos os atos de colaboração, pode assim realizar tratativas com o Ministério Público ou com o delegado de polícia⁹⁴, negociações das quais não toma parte o juiz. O pretendente a colaborador anuncia de que consistiria sua colaboração aos órgãos de persecução penal, fazendo uso dos chamados anexos, breves relatos dos fatos que o colaborador pretende esclarecer, indicando provas e demais elementos de corroboração.

Com base nesses documentos, cabe ao celebrante do acordo sopesar a utilidade da colaboração para a persecução de crimes, buscando-se então a gradação adequada do benefício passível de ser ofertado. Aqui novamente incidem alterações da recém promulgada Lei 13.964/2019, que prevê a formalização de atos e todo um procedimento para o recebimento da proposta de acordo de colaboração, que pode desencadear a coleta de

⁹⁰ Tema tratado no tópico 3.5.1.

⁹¹A título de exemplo, primando pela segurança jurídica, rememoramos BARROS, Marco Antonio de. **A lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 168.

⁹² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 200.

⁹³ Essencial que não se confunda, especialmente, o momento da homologação e o da concessão de benefícios, erro em que incorrem mesmo os mais graduados especialistas do direito penal brasileiro (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime". **Consultor Jurídico**, 6 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime>>. Acesso em: 7 jan. 2020).

⁹⁴ Desde que haja posterior manifestação do Ministério Público.

elementos para averiguação dos eventos relatados, sempre primando pela confidencialidade, pela atuação de advogado ou defensor público para defesa do colaborador, e pela necessidade de fundamentação para indeferimento da proposta de colaboração.

Seguindo a lógica do negócio jurídico, é possível que, no estágio inicial de negociação as partes se retratem das propostas, determinando a lei que “as provas⁹⁵ autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” (art. 4º, § 10). O trato sigiloso dado às informações fornecidas pelo agente nesse momento é tema de peculiar delicadeza, tendo a nova⁹⁶ norma do art. 3º-B, § 6º, da Lei 12.850/2013 disposto que: “Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante [Ministério Público ou Delegado de Polícia], esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade”⁹⁷.

A Lei não apresenta critérios aritméticos de balanceamento entre o valor da colaboração prestada e a benesse cabível, dispondo apenas que, em posterior fase, “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” (art. 4º, § 1º). A perspectiva de consecução desses efeitos é de ser levada em conta para atribuição do prêmio ao colaborador.

Indicou a Lei ainda que os benefícios da colaboração posterior à sentença tendem a ser inferiores àqueles da colaboração prévia à sentença. Trata-se de mera tendência, na medida em que é possível visualizar um cenário em que o benefício da “progressão de regime ainda que ausentes os requisitos” seja melhor do que o benefício de redução da pena, caso a fração redutora seja diminuta⁹⁸.

Havendo consenso sobre o trato, o acordo de colaboração alcançado deve ser escrito e conter o relato da colaboração, seus possíveis resultados, as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, a especificação das medidas de proteção ao colaborador e sua família e, por fim, a aceitação dos envolvidos. Trata-se de considerável

⁹⁵ Entendemos que o termo foi utilizado de maneira atécnica, aqui se inserindo também elementos de informação não apresentados em contraditório. Confira-se GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova. Reflexos no processo penal brasileiro. *In*: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide. **Estudos em homenagem à Profa. Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303/318.

⁹⁶ Ainda não vigente ao tempo da conclusão do presente trabalho, como já apontado.

⁹⁷ Art. 3º-B, § 6º, da Lei 12.850/2013.

⁹⁸ Conforme o *caput* do art. 4º, não há um mínimo de redução, mas apenas o máximo de 2/3 que pode ser alvo de acordo de colaboração.

avanço em matéria de segurança jurídica, na medida em que a ausência de procedimento para aplicação da justiça premial outrora levava à colaboração do agente sem prévio acordo, o que não assegurava em todos os casos o reconhecimento de benefício usualmente concedido por juiz.

O magistrado, por sua vez, apenas realizará o juízo de homologação após o acordo ter sido reduzido a termo. Sua função passa a ser, nesse momento preliminar, avaliar a regularidade, legalidade e a mencionada voluntariedade dos termos negociados. Para tanto, é possível a oitiva do pretendente a colaborador a fim de confirmar a firmeza de propósito em prol do acordo, o que não se confunde com incidente para produção de prova.

A homologação deve ser momento para especial cautela por parte do juiz, seja ele o juiz de garantias ou o juiz do processo⁹⁹. Aponta a doutrina que a análise homologatória não pode ser superficial sob risco de deturpar a posterior concessão de benefícios. Isso porque, muito embora o julgador não se comprometa com a veracidade e presteza da contribuição a ser dada pelo colaborador, existe espécie de vinculação entre o ato de colaboração e o benefício acordado. O esperado é que, confirmando-se o cumprimento dos objetivos almejados pela colaboração, o colaborador fará jus aos benefícios quando proferida sentença¹⁰⁰. Não foi previsto recurso perante o que decida o magistrado¹⁰¹. Para coibir abusos na homologação de acordos firmados fora dos limites do ordenamento, o legislador complementou o objeto do juízo de homologação, expandindo as matérias obrigatoriamente analisadas:

Art. 4º

[...]

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade;

⁹⁹ Nos termos da reforma promovida pela Lei nº 13.964/2019 (ainda não vigente ao tempo do presente trabalho, repisamos), cabe ao juiz de garantias homologar o acordo de colaboração formalizado no curso da investigação (art. 3-B, XVII, do Código de Processo Penal). Exceção à competência do juiz de garantias seria a atuação das Varas Criminais Colegiadas, se existentes, cujo regime foi implementado pela mesma norma citada.

¹⁰⁰ No título 3.3 seguinte trataremos com maior vagar sobre o tema, em especial, a homologação de benefícios sem previsão legal.

¹⁰¹ Vinicius Vasconcellos aponta, doutra via, que deve haver mecanismo de impugnação (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 213/216).

- II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;
- III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo;
- IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares¹⁰².

Há na nova redação elogiável preocupação com a conformação à Lei dos benefícios prometidos. Por outro lado, temos que a alteração normativa permitiu a realização de acordos sobre a “propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias” (art. 3º-A, §3º, da Lei 12.850/2013¹⁰³), tema que será abordado adiante quando tratarmos sobre execução antecipada de pena¹⁰⁴.

Em continuidade, a redação inicial da Lei 12.850/2013 previa a possibilidade de que o juízo adequasse os termos do acordo ao caso concreto, muito embora a providência fosse incongruente com a fórmula existente na fase da negociação¹⁰⁵. Mesmo na vigência desse regime, certo era que as partes do acordo não ficavam obrigadas a se comprometer com cláusulas com as quais não concordassem, predominando nesse ponto a autonomia da vontade, legitimando a recusa a cláusulas impostas¹⁰⁶. Para corrigir tal abertura à atuação do magistrado, veio a Lei a determinar que a recusa a homologação não pode levar à readequação do negócio pelo juízo, devendo o magistrado devolver às partes a proposta de acordo para que elas mesmas adequem os termos necessários¹⁰⁷.

¹⁰² Redação dada à Lei 12.850/2013 pela Lei 13.964/2019, ainda em *vacatio legis* ao tempo do presente trabalho.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ Título 3.4.2.

¹⁰⁵ Como bem destaca a doutrina: “De outro lado, simplesmente não se compreende como poderá o juiz imiscuir-se no conteúdo do acordo de colaboração premiada para adequá-lo. A uma, porque se o próprio art. 4º, §6º, proíbe que o juiz participe das negociações sobre a colaboração, o faz porque se entende que a produção de provas pertence às partes. Como poderia, agora, no juízo de homologação, interferir no teor do que foi pactuado? É realmente absurdo” (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 132).

¹⁰⁶ “Caso não concorde com o conteúdo ou com a formalidade do Termo de Acordo, o Juiz indeferirá e deixará de homologar o ajuste. Pode, ainda, o Magistrado homologar em parte o Termo de Acordo, mas jamais poderá acrescentar cláusula de ajuste, sob pena de transacionar no lugar do Ministério Público” (LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Crime organizado e a Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 48).

¹⁰⁷ Nova redação dada ao §8º do art. 4º da Lei 12.850/2013 pela Lei 13.964/2019, ainda em *vacatio legis* quando da elaboração deste trabalho.

A homologação toda deve se dar com publicidade restrita aos envolvidos no acordo, havendo então a previsão de que a colaboração premiada somente deixará de ser sigilosa após o recebimento de inicial acusatória a ela relacionada. Buscando remediar os danosos efeitos da divulgação precipitada de acordos de colaboração, o legislador agora previu que é “vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese”¹⁰⁸, ou seja, qualquer outro momento que anteceda o recebimento da inicial.

Homologado o acordo, passa o colaborador a prestar auxílio aos órgãos de persecução penal, seja em investigações ou processos, para tanto provendo elementos de informação e dando declarações visando demonstrar a sua utilidade, visto que o sucesso em sua contribuição é medida de concessão de benefício. Diz a Lei que o colaborador deve abdicar do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, o que contrasta com o natural direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Por outro lado, não é possível renunciar ao direito de petição, conforme a nova norma do §7º-B do art. 4º da Lei 12.850/2013: “São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória”¹⁰⁹.

Nessa fase, pode o juízo determinar a suspensão do prazo para oferecimento de denúncia ou do processo por seis meses até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, prazo prorrogável, período em que fica suspenso o prazo prescricional. Após a homologação do acordo, ademais, o acordo de colaboração poderá ser rescindido pela existência de omissão dolosa de fatos criminosos, bem como pela continuidade da prática criminosa do colaborador¹¹⁰.

O processamento dos crimes relacionados à criminalidade organizada se dá em procedimento ordinário. Ponto que foi alvo de grande discussão jurisprudencial, agora prevê a Lei que, no correr do processo, o réu delatado deve sempre se manifestar depois do réu delator. Isso se dá desde a apresentação de resposta à acusação, passando pelas alegações finais e até mesmo nas fase recursal, pois a norma menciona que a precedência do delator ocorrerá “em todas as fases do processo” (art. 4º, § 10-A, Lei 12.850/2013¹¹¹).

O procedimento padrão da colaboração premiada inscrito na Lei 12.850/2013 tem a sentença como ponto crucial para avaliação do acordo de colaboração, servindo à análise da eficácia da contribuição do colaborador, bem como para a determinação do benefício que

¹⁰⁸ Art. 7º, § 3º, da Lei 12.850/2013, segundo a redação dada pela Lei 13.964/2019, ainda em *vacatio legis* quando da elaboração deste trabalho.

¹⁰⁹ Redação dada pela recente Lei 13.964/2019.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ *Idem*.

lhe é cabível. Tratando-se de elemento que afeta os terceiros delatados, contudo, nenhuma condenação poderá ser proferida somente embasada nas declarações do colaborador, devendo ser atendidos os parâmetros de motivação exigidos de qualquer condenação.

Em complementação a tal regra probatória, a reforma da Lei 12.850/2013 previu que também a determinação de medidas cautelares reais ou pessoais, bem como o recebimento da inicial, não podem ser exclusivamente baseadas em delações. Inovadora também a previsão legal que reforça a necessidade de fundamentação nas decisões proferidas nos processos em que haja colaboradores:

Art. 4º

[...]

§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença¹¹².

Além do procedimento narrado, constam da Lei dispositivos voltados à proteção do colaborador, bem como à proteção do instituto da colaboração em si. Em relação aos primeiros, tem o colaborador direito a medidas de proteção, destacando-se a possibilidade de que seja preso em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados pelos fatos alvo de delação. Por fim, são previstos dois tipos penais, restando criminalizadas as condutas de revelar a identidade do colaborador (art. 18), bem como de falso testemunho por parte do delator (art. 19).

¹¹² Redação dada à Lei 12.850/2013 pela Lei 13.964/2019, ainda em *vacatio legis* quando da elaboração deste trabalho.

2.2.2. Definições

Diz o diploma normativo que o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de provas. Classificar o instituto e descrever os efeitos da colaboração não é difícil, contudo, defini-lo não é uma tarefa simples. Vinicius Gomes de Vasconcellos diz que:

[...] a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao 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 delitiva¹¹³.

Cezar Roberto Bitencourt, a seu turno, disserta que:

A colaboração premiada, ou colaboração processual, ou, ainda, delação premiada (os primeiros termos, eufemísticos, visam disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que satisfeitos os requisitos que a lei estabelece¹¹⁴.

Canotilho e Nuno Brandão, por outro lado, dissertam que:

[...] a colaboração premiada é um instrumento através do qual se procura incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e

¹¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 62.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115.

factos com ela relacionados mediante uma promessa estadual de vantagens penais (caput e § 5º do art. 4º) ou processuais penais (§ 4º do art. 4º)¹¹⁵.

Já Andrey Borges de Mendonça entende que:

A colaboração premiada pode ser definida como a eficaz atividade do investigado, imputado ou condenado de contribuição com a persecução penal, seja na prevenção ou na repressão de infrações penais graves, em troca de benefícios penais, segundo acordo formalizado por escrito entre as partes e homologado pelo juízo¹¹⁶.

Sob o viés probatório, Badaró diz ainda que a colaboração, seria:

[...] tanto um meio de prova, no que diz respeito às declarações do colaborador e, portanto, diretamente valoráveis pelo juiz, quanto um meio de obtenção de prova, a partir da necessidade de que sejam descobertos e levados ao processo outros elementos de corroboração da declaração heteroincriminatorias¹¹⁷.

Parte das dificuldades ao se tratar do assunto se explica pelo fato que a colaboração esteve presente de forma assistemática e em sucessivos diplomas legislativos sob diferentes nomes: “denúncia”¹¹⁸, colaboração espontânea/voluntária, confissão espontânea, acordo entre o Ministério Público e indiciado, colaboração premiada. Além da denominação extraída da Lei, a doutrina também se utilizava das expressões chamada/chamamento de

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017. p. 145.

¹¹⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis: Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, 2013. p. 36.

¹¹⁷ Muito embora o próprio autor reconheça a pouca utilidade da classificação, ao apontar a necessidade de um regime de colaboração, como indica o título do artigo (BADARÓ, Gustavo Henrique. A necessidade de um regime legal próprio para o colaborador premiado. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-24/gustavo-badaro-figura-especifica-colaborador-premiado>>. Acesso em: 4 de out. 2019).

¹¹⁸ Termo que salta aos olhos pela atecnia.

corrêu¹¹⁹, delação, imputação de corrêu e cooperação processual, multiplicando os termos aplicáveis a figuras de natureza idêntica, senão ao menos assemelhada.

As diferentes expressões surgem de enfoques diversos sobre um mesmo campo de estudo, de tal forma que a distinção mais relevante se deu pelas expressões delação e colaboração. Há quem diga que a delação premiada seria instituto premial abrigada pelo direito material¹²⁰, enquanto a colaboração premiada pertenceria ao processo penal por contar com um elemento adicional intrínseco, a existência de acordo entre indiciado/acusado e órgão de persecução penal. Essa distinção era apontada por Antonio Scarance Fernandes¹²¹ antes da promulgação da Lei 12.850/2013:

Difere a delação premiada da colaboração processual, figura de direito processual, em que há acordo entre Ministério Público e colaborador. Foi introduzida no sistema brasileiro pela Lei 10.409, de 2002 sobre

¹¹⁹ “A delação, ou chamamento de co-réu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 110).

¹²⁰ Tratando da delação com instituto de direito material, Walter Barbosa Bittar e Heráclito Antônio Mossin afirmam, respectivamente, que: “A delação premiada, na forma como foi introduzida em nossa legislação, é um instituto de direito penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)” (BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 5 *apud* BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao confronto e declarações do corrêu**. Orientador Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018. p. 131); “A delação premiada é instituto de natureza penal, posto que se constitui fator de diminuição da reprimenda legal ou do perdão judicial, causa extintiva de punibilidade” (MOSSIN, Heráclito Antônio. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. 3a ed. Leme: J. H. Mizuno, 2018. p. 31).

¹²¹ Em semelhante sentido temos ainda Silva e Bragagnollo: “A colaboração processual, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo), ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a consumir-se (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia em sua atividade de recolher provas contra os demais co-autores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva). Incide, portanto, sobre o desenvolvimento das investigações e o resultado do processo. É, assim, um instituto bem mais amplo que a delação premiada consagrada em várias leis brasileiras, a qual se restringe a um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos penais (diminuição da pena ou concessão do perdão judicial).” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 77/78); “A delação premiada é um instituto *sui generis*, de natureza material, no qual o delator, voluntariamente, confessa e colabora com a persecução, inculcando terceiros e auxiliando na atividade probatória. Atendidos determinados requisitos, o juiz concederá os beneplácitos estabelecidos em lei. Trata-se, pois, da colaboração *per se* do delator, sem prévio ajuste e sem participação do Ministério Público ou da Polícia. Distintamente, a colaboração premiada não é instituto relegado ao reconhecimento final pelo juiz. Bastante ao contrário, este novel instituto, além de também acarretar benefícios processuais não abarcados pela delação premiada, pressupõe verdadeira negociação e assinatura de um acordo entre imputado e defesa, e Ministério Público e/ou Polícia. A colaboração premiada consiste, pois, neste acordo, cujo objeto será a colaboração no processo, confessando a autoria dos crimes e inculcando terceiros” (BRAGAGNOLLO, *op. cit.*, p. 150).

entorpecentes, revogada pela Lei 11.343/2006, que prevê apenas a delação premiada¹²².

Bitencourt e Busato entendem que a diferença entre ambos os termos serve meramente para suavizar o que entendem ser um instituto contrário à ética, na medida em que o Estado está a incentivar a traição entre criminosos¹²³. Já Vinicius Gomes de Vasconcellos trata de ambas indistintamente por entender, como em uma metonímia, que a delação como incriminação de terceiros é apenas uma das opções do que consiste a colaboração premiada exposta na Lei 12.850/2013, que pode ser voltada ainda à recuperação de proveitos ou localização da vítima¹²⁴.

Podemos notar que o enfoque processual dado à agora nominada colaboração processual se dá pela inexistência de um procedimento para mecanismos premiais, silenciando-se nessa temática as normas anteriores que previram atenuação de pena. Com efeito, todas as Leis elencadas no presente trabalho – inclusive a Lei 12.850/2013 – trataram de benefícios de direito material, concedendo prêmios que buscam impactar a execução de reprimenda; a diferença da mais nova norma se encontra na novidade da previsão procedimental.

¹²² FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo**: volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.764/765. Em semelhante sentido: “Ao contrário da delação, a colaboração premiada é realizada por meio de um acordo escrito, subscrito pelos representantes da parte acusatória, pelo suspeito ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz. Esse é um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, pois tanto as confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido” (BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 24, n. 122, ago. 2016. p. 7).

¹²³ “A colaboração premiada, ou colaboração processual, ou ainda, delação premiada (os primeiros termos, eufemísticos, visam disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delincente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece” (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115).

¹²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 65/66.

2.2.3. A Lei 12.850/2013 e sua interação com outros regimes premiais

A sucessão das novas formas de colaboração previstas na Lei 12.850/2013 não nos parece indicar a revogação de todas as anteriores.

Apesar disso, Bitencourt e Busato afirmam que a colaboração premiada revogou todas as outras hipóteses de delação/colaboração¹²⁵, posição com a qual não se pode concordar. Somente a delação prevista na Lei 9.034/1995 pode ser considerada expressamente revogada¹²⁶ (art. 26 da Lei 12.850/2013), sendo irrazoável presumir que a criação do novo instrumento de justiça negocial em lei especial (crime organizado) pudesse impactar as hipóteses constantes doutras leis igualmente especiais (crimes financeiros, tráfico ilícito de entorpecentes, a título de exemplo), ou mesmo o regime ampliado avistado na Lei 9.807/1999.

Dito isso, há a possibilidade de que as diversas normas premiais venham a interagir entre si frente a situações concretas. Nesse ponto, fazendo uso da sistemática proposta por Vinicius Gomes de Vasconcellos¹²⁷, cumpre separar qual:

- (i) o procedimento a ser seguido e;
- (ii) qual a norma de direito material que ditará os benefícios possíveis.

Quanto ao (i) procedimento, duas opções se colocam como evidentes.

Tratando-se de colaboração no âmbito do crime organizado, aplica-se o procedimento da Lei 12.850/2013, não há dúvidas.

Quanto às colaborações que não envolvam crime organizado, depara-se com a situação em que não existia até agora qualquer dispositivo sobre o procedimento da colaboração¹²⁸, o que deixava espaço para a apreciação do benefício exclusivamente na sentença, por se tratar do momento de atribuição da pena, sem prévia discussão com

¹²⁵ “No entanto, na nossa ótica, como este diploma legal [Lei 12.850] define organização criminosa e disciplina integralmente esse instituto, parece-nos legítimo sustentar que a Lei n. 12.850/2013 revogou a delação ou colaboração premiada para todas as outras hipóteses em que as infrações penais não tenham sido praticadas por organização criminosa” (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 121/122).

¹²⁶ Reforçamos, ainda, que a Lei 10.409/2002 também foi revogada, só que pela Lei 11.343/2006.

¹²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 82.

¹²⁸ À exceção do pouco avistado na revogada Lei 10.409/2002.

Ministério Público ou Delegado de Polícia. Parte da doutrina daí tomava como recomendável a formulação de acordo para aplicação dos benefícios legais órfãos de procedimento.

Daí por que parece razoável a oficialização por meio de acordo escrito mesmo quando se tratar de delação premiada prevista em leis esparsas (por exemplo, a Lei 9.807/1999), nos termos em que tem predominado:

Diante da insuficiência dos demais diplomas legais, a doutrina afirma majoritariamente a aplicabilidade, por analogia, do regime procedimental da Lei 12.850/13 a todos os casos em que se realize uma delação, a partir de qualquer dos regimes materiais previstos no ordenamento brasileiro¹²⁹.

Cumpra se questionar, contudo, se um juiz poderia reconhecer os benefícios a um colaborador que não tenha firmado acordo.

Entendemos como possível a incidência de benefícios sem acordo caso o colaborador alcance os efeitos postos das leis premiais prévias à 12.850/2013. Ora, a formulação de um trato prévio simplesmente não é obrigatória nas delações que não versam sobre crime organizado. Muito embora avistemos como benéfica a segurança e previsibilidade trazidas pelo acordo, não podemos deixar de apontar que inexistia e continua a inexistir norma que obrigue ao acordo no regime das demais leis especiais¹³⁰. Qualquer vedação à delação unilateral configuraria efetiva analogia *in malam partem*¹³¹, sentido em que também se posiciona Nefi Cordeiro ao tratar do que chama de autocolaboração:

Não há impedimento legal, porém, para a valoração judicial como minorante. Aliás, não há como impedir a valoração judicial na dosimetria de causas legais, especialmente em favor do acusado. Assim, permanece o

¹²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 84.

¹³⁰ Nesse sentido: “Ademais, seguindo a estrutura do estatuto, em leitura conjugada com a Lei nº 9.613/98, havendo colaboração efetiva e voluntária com a investigação e/ou o processo criminal, tem o delator o direito, alternativamente, (a) à minimização da pena (minorante), (b) à fixação de regime aberto; (c) à substituição da pena de prisão por restritiva de direitos; ou (d) ao perdão judicial” (CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. In: GOMES, Marcus Alan de Melo; PINHO, Ana Cláudia Bastos de (coord.). **CIÊNCIAS criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 239-253.

¹³¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista brasileira de direito processual penal**. v. 3, n. 1. Belo Horizonte, 2017. p. 131-166. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133453>. Acesso em: 5 jan. 2020.

juiz podendo fazer incidir melhoria sobre o acusado na resposta penal, mesmo de ofício”¹³².

Tampouco existe norma posta que obrigue a aplicação analógica da Lei 12.850/2013, diploma que sequer se refere ao benefício premial pela nomenclatura de outrora, mas que certamente encontra semelhanças com as figuras previamente avistadas. O acordo escrito é certamente benéfico, em particular ao réu, mas não avistamos vício quando o magistrado venha a reconhecer hipótese de atenuação de pena mesmo sem tratativas entre as partes. Não é por outra razão que o art. 13 da Lei 9.807/1999 determina que o benefício penal pode ser concedido até mesmo “de ofício”.

Não haveria, então, óbice à redução de pena ao réu que colaborasse, mesmo sem acordo prévio e formalizado, “voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime” (Lei 9.807, art. 14), ou que colaborasse “espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime” (Lei 9.613/1998, art. 1º, §5º na redação dada pela Lei nº 12.683/2012). Em sentido oposto, Vinicius Gomes de Vasconcellos entende ser criticável a chamada cooperação premiada unilateral¹³³, em que não há acordo, mas apenas decisão no momento da sentença.

Enfim, não há lei que vede o benefício na ausência de acordo, muito embora se reconheça o maior risco de que a efetividade da colaboração deixe de ser reconhecida pelo juízo sentenciante. Eventual postura crítica sobre o posicionamento ora sustentado poderia apontar para as desvantagens de uma colaboração com menor participação do Delegado de Polícia e do Ministério Público na definição dos benefícios aplicáveis no momento da sentença. A adequação da benesse, nesse caso, estaria nas mãos do julgador após terem sido ouvidas as partes em contraditório.

Em adição ao acima exposto, temos como verdade que o procedimento previsto na Lei 12.850/2013 inovou ao inserir norma dando maior importância aos personagens acima citados, em especial o Ministério Público. Alexandre Morais da Rosa chega mesmo a afirmar

¹³² CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 33.

¹³³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 86/87.

que a colaboração premiada permite ao Estado, na pessoa do Ministério Público, obter o que chama de “monopólio do comprador” para proceder à negociação de benesses com “possíveis vendedores de informação (colaboradores/delatores)”¹³⁴.

Já em relação à (ii) norma material e benefícios possíveis, cabe analisar o concurso entre diferentes regimes de benefícios.

Como já apontamos, os benefícios do perdão judicial e da redução de pena de um a dois terços podem ser aplicados a qualquer delação premiada em razão da previsão constante da Lei 9.807/1999, a qual expandiu as possibilidades de colaboração premiada por não a condicionar a qualquer tipo penal.

Há, contudo, alguns benefícios específicos de tal ou qual norma, a exemplo do benefício de cumprimento em “regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la” (Lei 9.613/1998) ou “progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos” (Lei 12.850/2013). Conquanto haja vozes na doutrina que afirmem a aplicabilidade do regime de atenuação de pena mais benéfico ao acusado no caso concreto¹³⁵, ou mesmo a possibilidade de utilização de quaisquer benefícios previstos nas normas premiaias¹³⁶, entendemos que a aplicação de tal ou qual benefício depende dos critérios específicos das leis em questão¹³⁷.

Somos da opinião que cada uma das leis apresenta seus próprios efeitos almejados, condicionantes para a aplicação da atenuação de pena. Cada lei os elenca para evidenciar que sua concretização levará ao benefício, seja a identificação de coautores ou a apuração de infrações penais. Conquanto parte desses efeitos almejados pela colaboração seja comum

¹³⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Como funciona o mercado oculto da delação premiada. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-18/limite-penal-funciona-mercado-oculto-delacao-premiada>> Acesso em: 6 de out. 2019.

¹³⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 84; BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao confronto e declarações do corrêu**. Orientador Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018. p. 155; BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 121/122. DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1006.

¹³⁶ Por analogia, Andrey Borges de Mendonça Mendonça afirma que “desde logo é plenamente possível defender que os benefícios previstos em leis de colaboração anteriores à Lei 12.850 são passíveis de utilização, dentro do microsistema de colaboração premiada. Assim como essas outras leis podem se valer do procedimento da Lei 12.850, no tocante à colaboração premiada, é possível a utilização daqueles benefícios materiais por analogia” (MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 76).

¹³⁷ Em semelhante sentido, afirma Guilherme Nucci: “Parece-nos, salvo melhor juízo, que o acordo de delação premiada não pode combinar leis penais, retirando benefícios de qualquer lei e fazendo uma miscelânea legislativa, jamais prevista pelo Parlamento” (NUCCI, Guilherme. Há limites para o prêmio da colaboração premiada? **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-03/guilherme-nucci-limites-premio-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 6 de jan. 2020.).

a diferentes normas, todos os demais diplomas constituem conjunto de normas especiais, à exceção da Lei 9.087/1999, cuja especialidade deve refletir o regime de benefícios aplicáveis à colaboração premiada neles embasada.

Mencionamos acima que há defensores da utilização de qualquer benefício previsto em lei para qualquer colaboração. Quanto a tal utilização analógica dos benefícios do microsistema, cumpre questionar se tal argumento serviria como via de duas mãos, permitindo que a delação embasada na Lei 9.807/1999 – quanto a qualquer crime – também incluía o pacto de imunidade. Imaginando tal elastério, a imunidade seria então cabível a qualquer delito, mesmo na ausência de criminalidade organizada. Ficaria difícil compreender por qual razão o pacto de imunidade deveria ficar restrito às condições específicas avistadas na Lei do Crime Organizado¹³⁸, enquanto os benefícios da Lei de Lavagem poderiam ser utilizados mesmo nas colaborações sob regime puro da Lei 12.850/2013 que não envolvam crime de lavagem. Não temos conhecimento de que haja quem defenda que o acordo de imunidade foi generalizado no ordenamento. Aqui mencionamos ainda Bitencourt e Busato que, conforme peculiar posicionamento já apresentado, negam qualquer possibilidade de aplicação analógica:

Há, na verdade, um estreitamento das hipóteses de incidência em relação às demais previsões legislativas do mesmo instituto, o que levaria a pensar inicialmente, na possibilidade de aplicação por analogia aos casos previstos em outras legislações. Entretanto, o próprio conceito de organização criminosa – porque mais restrito que as demais hipóteses de concurso de pessoas e muito mais enriquecido de elementares normativas – restringe sua aplicação e, logicamente, não admite aplicação de analogia e tampouco interpretação extensiva ou analógica, por se tratar de norma repressiva e restritiva de liberdade. Sua natureza jurídica é mista, isto é, de direito material e de direito processual¹³⁹.

Resta a nós evidente que os requisitos específicos de cada Lei têm sua razão de ser. Longe de mero purismo, concluímos que cada benefício está condicionado aos requisitos da norma de regência.

¹³⁸ Conforme ressalva de Mendonça, que afirma ser a imunidade cabível apenas “em situações mais restritas” (MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 76).

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125.

3. EXECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA NEGOCIADA

A execução penal é etapa da aplicação concreta da pena criminal em face de um sujeito de direito específico e determinado, nos limites e das formas impostas pela legislação, sendo definida por Salvador Netto como “o campo do ordenamento jurídico que constitui as relações jurídicas entre o Estado e os condenados/internados”, “conjunto de normas (princípios e regras) que outorgam uma série de direitos e deveres ao Estado, por um lado, e aos condenados, por outro”¹⁴⁰.

Confrontando os benefícios da colaboração premiada da Lei 12.850/2013 enunciados no título anterior, vê-se que predomina uma harmonia entre os benefícios das leis premiaias e o correr natural da execução penal, tema sobre o qual trataremos daqui em diante. Redução percentual de pena, perdão judicial e substituição por pena restritiva de direito são ocorrências comuns na legislação penal. Já os benefícios de cumprimento inicial de pena em regime diverso, de progressão de regime ainda que ausentes os requisitos e de imunidade fogem da praxe da execução penal, mas são benefícios que se utilizam de elementos familiares do ordenamento.

Com efeito, os benefícios premiaias até agora inseridos no direito brasileiro não inovaram nas espécies de pena. Diversos acordos de colaboração firmados desde a promulgação da Lei 12.850/2013 têm sido avistados na prática jurídica desde então, sendo comum a constatação de que desbordam o modelo legal de colaboração premiada.

Antes de abordar a aplicação anormal dos institutos previstos em Lei, cabe buscar aspectos gerais que nos permitam delinear a maneira com que os benefícios da colaboração premiada se manifestam na execução da pena do delator.

3.1. Colaboração premiada e sua tripla feição

A Lei 12.850/2013 trouxe uma série de benefícios aplicáveis aos interessados em colaborar, alguns outrora já avistados noutros diplomas normativos. É reconhecível que o

¹⁴⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 86.

instituto da colaboração premiada veio a se conformar sob algumas diferentes roupagens distinguíveis entre si, que abaixo buscaremos expor.

Estamos aqui a tratar das diferentes feições da colaboração premiada.

É fácil avistar que o acordo de imunidade firmado sob a norma do art. 4º, § 4º, da referida lei é consideravelmente diferente do que antes se conhecia em matéria de direito premial. Nessa hipótese, não haverá denúncia quanto ao agente e, por cascata, não haverá instrução, sentença, tampouco execução de pena; outrora, a aplicação do benefício ao colaborador sempre esteve atrelada à sentença (condenatória).

No extremo oposto, a Lei também deixou clara a possibilidade de que o acordo de colaboração seja firmado após a sentença, ocasião em que incidirão benefícios diversos.

Daí porque avistamos três feições diversas para a colaboração premiada pós-Lei 12.850/2013: **acordo *sui generis* de imunidade, colaboração que é reconhecida na sentença, colaboração incidente na execução da pena posterior ao trânsito em julgado.**

O primeiro deles é o que mais destoa da conformação habitual da delação premiada, pois possibilita ao órgão de persecução penal firmar um acordo para não oferecimento de denúncia. Homologado o trato, não haverá qualquer pena a ser cumprida, remanescendo a possibilidade de que o descumprimento do acordo pelas partes afete o negócio jurídico, destacando-se aqui a possível ineficácia da contribuição do colaborador.

Além do acordo de imunidade, temos em segundo lugar a colaboração premiada “padrão”, que se dá no curso da investigação ou mesmo no curso do processo¹⁴¹. Sob o viés da pena, temos que eventual sentença condenatória ocupará o papel de destaque para a apreciação da colaboração premiada, devendo nela ser atribuída a reprimenda devida frente aos benefícios aplicáveis em razão da contribuição do delator.

A delação premiada avistada antes mesmo do advento da nova Lei das Organizações Criminosas já se aproximava dessa feição, centrada na sentença, cabendo então ao julgador determinar ao fim do processo a eficácia da contribuição do colaborador frente à norma de regência. Os diferentes benefícios previstos em lei, nessa feição da colaboração premiada, incidem sobre as etapas de determinação de pena previstas no art. 59 do Código Penal ou pela aplicação do perdão judicial.

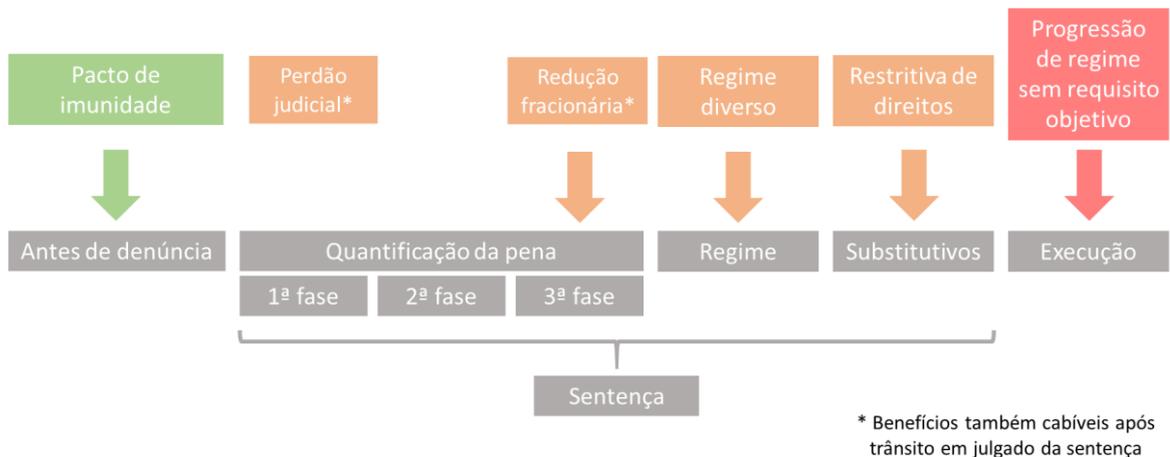
Por último, reafirmou a Lei 12.850/2013 a possibilidade de acordo de colaboração posterior à sentença, momento em que os benefícios incidentes tendem a ser menos generosos frente às demais espécies de acordo. Seria algo intolerável reescrever por

¹⁴¹ Antes do trânsito em julgado.

completo a sentença condenatória, de tal forma que a colaboração atingiria a execução da pena na forma de um incidente de execução, como exploraremos mais adiante.

Nos próximos títulos pretendemos apresentar as diferentes configurações das espécies de acordo de colaboração premiada. No entanto, desde já nos adiantamos lançando um esquema quanto ao momento de incidências dos diferentes benefícios previstos, levando em conta também o roteiro de determinação da pena na sentença:

Figura única: Momento de incidência de benefícios



Fonte: elaboração própria

3.2. Pacto de imunidade

Dentre as espécies de colaboração premiada, essa é o que desperta maiores dúvidas sobre sua constitucionalidade, pois não se apurará o efetivo cometimento de crime por parte do colaborador, sujeito que não será denunciado. A técnica em si não é de todo nova, tendo em conta que o ordenamento já comporta instrumentos de isenção de pena, cabendo aqui a menção ao exemplo da via judicial representada pela suspensão condicional do processo, bem como a anistia, a graça e o indulto.

Parte da doutrina apresenta críticas a tal espécie de colaboração premiada, cabível quando o colaborador não for líder de organização criminosa e apresentar trama delitiva inédita. Como seria possível saber que o colaborador não era líder de organização criminosa antes da instrução? Esse e outros questionamentos inspiram autores como Bitencourt e Busato a repelirem tal configuração do instituto:

Sendo assim, a previsão legal do art. 4º, § 4º, é assombrosamente impertinente. Isso ainda sem contar o absurdo dos requisitos. Por exemplo: como saber se o colaborador é ou não líder da organização antes de instruir o feito? Realmente, o §4º do art. 4º é inaplicável porque é, simplesmente, imprestável. Mas essa inaplicabilidade da previsão contida nesse dispositivo legal deve, necessariamente ser colocada ao delator e seu defensor sob pena de incorrer em acordo fraudulento, isto é, prometer algo impossível de ser concedido para obter a delação. A clareza, seriedade e honestidade são imprescindíveis nessa ‘negociação’, para preservar um mínimo de ética, se é que se pode usar essa expressão nesse malfadado instituto¹⁴².

Exemplos de acordos de colaboração em que inseridos tal benefício são os de Joesley Batista e demais executivos da empresa J&F. Em relação a alguns desses colaboradores, o Supremo Tribunal Federal está atualmente debruçado sobre a correção da manutenção do acordo após a alegação da Procuradoria-Geral da República no sentido de que as cláusulas nele estabelecidas teriam sido descumpridas. Inexistindo muitos exemplos anteriores de acordo dessa espécie, está a Corte Suprema a desbravar novos territórios e ditar os limites da imunidade, que desafia princípios até então sustentados pelo processo penal pátrio, a exemplo da obrigatoriedade da ação penal¹⁴³, que se reflete no art. 28 do Código de Processo Penal.

Realizado o breve aparte para tratar dessa peculiar conformação do acordo de colaboração, onde não se cogita a aplicação de pena, passamos a adentrar as duas outras feições da colaboração premiada nas quais se acorda benefícios que impactarão na pena privativa de liberdade a ser cumprida.

¹⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125.

¹⁴³ As raízes comuns do direito continental fazem com que os autores portugueses Canotilho e Nuno Brandão tratem com propriedade a temática brasileira: “A colaboração premiada inscrita na Lei 12.850/2013 não se identifica ainda com outra realidade processual que em numerosos países tem feito o seu curso sob o rótulo de justiça negociada. Apesar de se tratar de um movimento inspirado na experiência norte-americana da *plea bargaining*, o seu acolhimento nos sistemas processuais de *civil law* tem ocorrido através da adoção de procedimentos que, formal e materialmente, se mostram completamente distintos do modelo norte-americano da barganha. Em ordenamentos processuais de tipo continental que, à semelhança do brasileiro, assentando embora num paradigma acusatório são marcados por um princípio da legalidade ou da obrigatoriedade da promoção processual e assim pela indisponibilidade do objecto do processo e pela imutabilidade da acusação, os esquemas processuais penais de natureza negociada deixam de fora a delação de terceiros, circunscrevendo-se à confissão de crimes próprios” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017. p. 144).

3.3. Colaboração premiada na sentença

Iniciamos por analisar a incidência do prêmio penal sobre a decisão condenatória. A utilização do termo “decisão condenatória” que ora empregamos busca abarcar tanto a sentença quanto o acórdão condenatório, de tal maneira que, inexistindo trânsito em julgado, a decisão condenatória ainda é suscetível de reforma frente à incidência do acordo de colaboração.

Temos como principal intuito diferenciar essa feição peculiar em oposição à da colaboração incidente na execução da pena após o trânsito em julgado. Cumpre aqui esclarecer que tal distinção (incidência antes e depois do trânsito em julgado) não é sobreposição perfeita daquela realizada pela Lei 12.850/2013 ao diferenciar as colaborações feitas antes e depois da sentença, nas quais incidiriam, respectivamente, um rol amplo e um rol reduzido de benefícios (§ 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013).

Isso porque o critério ali apresentado não leva em conta o trânsito em julgado de sentença condenatória. O que se vê no artigo legal citado é o juízo segundo o qual o colaborador deverá ser premiado de forma mais generosa se contribuiu antes do juízo condenatório, o que de certa maneira retrata medida de eficiência da colaboração para a formação do inaugural juízo sobre o accertamento dos fatos e da responsabilização criminal.

3.3.1. Benefícios aplicáveis na decisão condenatória

É da lógica do processo que, após o juízo pela condenação, venha o magistrado a determinar qual a pena aplicável ao condenado; é o que dita também a Lei 12.850/2013 quando diz que “A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia” (art. 4º, §11º). Os passos a serem trilhados nessa tarefa são ditados pelo art. 59 do Código Penal. Trata-se da concretização da individualização da pena, pautada pela legalidade, conforme aponta Carmen Silvia de Moraes Barros:

A quantidade da pena está prevista de forma razoavelmente ampla no tipo penal. E a escolha do *quantum* final é ato judicial. Portanto, a

individualização da pena dentro dos limites previstos na lei faz parte da atividade discricionária do juiz, que, observadas as peculiaridades do fato, e a culpabilidade, fixará a pena. No entanto, a discricionariedade judicial no que respeita à individualização da pena é limitada, devendo o juiz utilizar critérios objetivos de valorização¹⁴⁴.

Nessa feição da colaboração premiada, o ponto de partida para atribuição da pena do colaborador é o mesmo daquele aplicável a qualquer outro réu condenado. Inicia-se tal juízo de culpabilidade pelo cotejo das penas aplicáveis segundo o delito pertinente, tendo o Código Penal exposto as modalidades de pena, quais sejam, as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a de multa (art. 32). A norma incriminadora constante de cada artigo, seja do Código Penal ou da legislação esparsa, é costumeiramente seguida das possíveis penas cabíveis e seus limites, podendo ser os diferentes tipos de pena cominados cumulativa ou alternativamente.

Interessa-nos em específico a pena privativa de liberdade. São duas as suas espécies, reclusão e detenção; distinguem-se pelo fato de que a primeira pode ser cumprida em quaisquer dos regimes de pena, enquanto a detenção se dá geralmente em regime semiaberto ou aberto.

Mesmo quando possível no caso concreto a substituição da pena corporal cominada, é da lógica do Código Penal que seja calculada pena segundo a quantidade de pena privativa de liberdade para que, apenas ao fim, seja realizada a mudança da espécie de pena a ser cumprida.

Dito isso, seguindo o roteiro legal para determinação da pena, o primeiro momento para aplicação de benefícios penais é a quantificação da pena privativa de liberdade devida no caso concreto.

3.3.1.1. Redução fracionária da pena

No título 2.1 do presente trabalho discorreremos sobre as diferentes leis premiaias que versavam sobre espécies de delação premiada, todas elas atribuindo alguma forma de

¹⁴⁴ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 119.

redução fracionária da pena. O comum era a aplicação do intervalo de redução entre um e dois terços da pena, conquanto a Lei 12.850/2013 tenha possibilitado um maior espectro de frações ao permitir desde uma redução ínfima até a redução pela fração máxima de dois terços – deixou-se de lado, portanto, a previsão de patamar mínimo de redução.

Salo de Carvalho e Camile Eltz Lima bem notam que o Código Penal não enuncia qual seria a fase de aplicação do redutivo, coisa que a Lei 12.850/2013 também não se preocupou em dizer:

Validada como prova no processo, a delação importará na concessão do prêmio ao réu. Em face de o Código Penal silenciar sobre a natureza do instituto (atenuante, minorante ou causa de extinção de punibilidade), os efeitos dependerão da Lei específica que regula o caso penal¹⁴⁵.

As possibilidades para a incidência, nesse espectro, seriam as três fases de cálculo da pena prescritas pelo art. 68 do Código Penal desde a reforma de 1984. Por tal processo se determina, sucessivamente, a pena-base, a pena provisória e a pena definitiva, suscetíveis à alteração segundo as circunstâncias¹⁴⁶ do art. 59 do Código, em seguida as atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de diminuição e aumento.

Pois bem. O benefício acordado da colaboração premiada não poderia incidir diretamente na primeira fase, da pena-base, por ser restrito o rol de circunstâncias judiciais previsto em lei¹⁴⁷.

Já na segunda fase, entendemos também que não seria cabível, muito embora haja espaço para consideração adicional. É nesse momento que se aplica o atenuante da confissão, figura que apresenta consideráveis semelhanças com a colaboração premiada por envolver o reconhecimento da própria prática criminosa. Diferencia-se a colaboração da confissão,

¹⁴⁵ CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. In: GOMES, Marcus Alan de Melo; PINHO, Ana Cláudia Bastos (coord.). **Ciências criminais**: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 244. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6845>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁴⁶ Cumpre apontar que todas as fases versam sobre circunstâncias no sentido amplo da palavra, no entanto convencionou-se dizer que primeiro se analisa as circunstâncias judiciais, depois as circunstâncias legais, ao fim as causas especiais.

¹⁴⁷ A pena-base “é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde, então, à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos *a priori* na lei penal, para quem sobre ela incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes” (CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 327).

todavia, por ser condicionada a outros efeitos dispostos em lei, especialmente a delação de outros agentes envolvidos nos delitos cometidos. A título de menção, há vozes na academia que ditam a possibilidade de que o benefício cominado à confissão seja expandido para se equiparar aos mais generosos permitidos pela colaboração premiada, utilizando-se do argumento segundo o qual um instituto tido por antiético (delação) não poderia outorgar benefícios maiores do que “uma postura ética do agente, que reconhece o ato ilícito praticado”¹⁴⁸. Tal forma de pensar se apresenta com utilidade, visto que, por vezes, a confissão acaba por não efetivamente reduzir a pena privativa de liberdade, isso por causa do entendimento jurisprudencial que proíbe que atenuantes reduzam a pena abaixo do patamar mínimo cominado¹⁴⁹.

Eliminadas as fases anteriores, não há dúvidas. A incidência da redução fracionária de pena ocorre na terceira fase do cálculo de pena, como causa especial de diminuição. Trata-se de espécie de circunstância que, como tal, poderia topograficamente se localizar no Código Penal ou na legislação esparsa, como aponta Salo de Carvalho, que enumera dentre as causas legais de diminuição de pena a delação premiada¹⁵⁰:

Ao contrário, as hipóteses de aumento e de diminuição previstas na parte especial ou na legislação extravagante possuem aplicação tópica, correspondente ao tipo penal ou ao bem jurídico tutelado, conforme o dispositivo legal – p. ex., homicídio privilegiado (art. 121, § 1º); [...] **delação premiada** (art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/98); tráfico de drogas em

¹⁴⁸ BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 353 *apud* CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 427.

¹⁴⁹ Posição que já é tempo de ser revista pelas Corte Pátrias, pois as atenuante são circunstâncias que “sempre atenuam a pena” (art. 65, Código Penal). Nesse sentido destacamos: “[...] é de se notar que, em razão da determinação contida no art. 59 do Código Penal, de que na análise da culpabilidade todas as circunstâncias devem ser consideradas, há que se admitir que a pena-base, diante da incidência de várias atenuantes, pode ser fixada abaixo do mínimo legal” (BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 125).

¹⁵⁰ Nesse sentido, o autor também aponta, noutro trabalho conjunto com Camile Eltz de Lima, que os benefícios previstos em diplomas anteriores à Lei 12.850 deveriam incidir como causas especiais: Lei 7492/86, “O termo confissão, utilizado de modo impróprio pelo Legislador, contempla hipótese de chamamento de co-réu nos crimes financeiros, fixando igualmente causa especial de diminuição de pena”; Lei 8137/90, “Como referido no item anterior a denominação imprópria de confissão positivou, em realidade, a delação, estabelecendo como prêmio a diminuição da pena definitiva” (CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. *Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática*. In: GOMES, Marcus Alan de Melo; PINHO, Ana Cláudia Bastos (coord.). **Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 245/246. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6845>. Acesso em: 18 out. 2019).

estabelecimento de ensino (art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006), dentre outras¹⁵¹.

Retomando a premissa com que iniciamos o presente título, a aplicação de pena ao delator deve levar em consideração os elementos fáticos que sustentem os requisitos expostos pela norma premial. Isso porque a prova obtida sob contraditório é a fonte material dos juízos a serem formulados pelo julgador¹⁵², devendo o magistrado expor quais os elementos fáticos dela surgidos sustentam as conclusões alcançadas:

[...] é importante notar que no processo penal contemporâneo, orientado pela carga principiológica constitucional que fundamenta a ideia de devido processo, a prova a ser valorada judicialmente não é destinada apenas aos juízos absolutos e binários de condenação ou de absolvição. Em caso de condenação, é com base nas provas válidas produzidas durante a instrução que o juiz irá motivar a sanção (fundamentação da aplicação da pena) indicando os dados empíricos trazidos ao processo que direcionam sua decisão no sentido do aumento ou da diminuição da sanção, dentro dos limites constitucionais e legais previstos, da definição dos regimes e da possibilidade de aplicação dos substitutivos à pena privativa de liberdade¹⁵³.

Tratando de colaboração premiada, portanto, a motivação exigida do magistrado passará a versar sobre a eficácia da colaboração para atribuição dos benefícios cabíveis, conforme relata Vinicius Gomes de Vasconcellos:

Diante do dever de motivação imposto como legitimador das decisões emanadas do Poder Judiciário, resta evidente que a determinação do prêmio ao colaborador diante da efetividade de sua cooperação deve

¹⁵¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 443. Grifos próprios.

¹⁵² Não se descarta, contudo, o papel dos fatos notórios, muito embora não seja tão facilmente visível sua aplicação no reconhecimento da eficácia da colaboração premiada.

¹⁵³ CARVALHO, *op. cit.*, p. 284.

apresentar justificação razoável e embasada nos elementos produzidos na fase processual da persecução penal¹⁵⁴.

A peculiaridade do juízo quanto à eficácia da colaboração se encontra nos critérios diversos de eficácia enumerados nas leis de regência da colaboração premiada. Nesse ponto, é natural a constatação de que obterá maiores benefícios o agente que possa contribuir com mais informações relevantes à persecução penal, invertendo a regular lógica de aplicação proporcional da pena à culpabilidade, termos em que expõe Raul Peña Cabrera:

Desde este punto de vista, constatable es que quen tiene que ofrecer más cosas de qué arrepentirse le sobrevendrá mayores y más interesantes recompensas, que van desde la reducción, pasando por la exención de la pena; de este modo, el arrepentimiento será más logrado para quien espera ser más duramente castigado, demandándose por lo tanto mejores y más atractivos premios, agregando potenciales recompensas¹⁵⁵.

Cumpre apontar que a jurisprudência reconhece a possibilidade de que o benefício ligado à colaboração premiada resulte em pena abaixo da mínima cominada no tipo penal¹⁵⁶. Outrossim, a própria lógica da colaboração premiada já apontaria para algum elastério na atenuação de pena, desde que em proporções não proibidas por lei, em leitura conforme os princípios do Direito.

3.3.1.2. Cumprimento de pena em regime diverso

Passo seguinte na determinação da pena privativa de liberdade seria a determinação do regime inicial de cumprimento. Limitado pela previsão da espécie de pena de reclusão ou

¹⁵⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 235.

¹⁵⁵ CABRERA, Raul Peña. *Terminacion anticipada del proceso y colaboracion eficaz*. 2a ed. Lima: Grijley, 1995. p. 172.

¹⁵⁶ Exemplo mais comum na prática jurídica é a aplicação da causa especial do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a forma privilegiada do tráfico ilícito de entorpecentes (cite-se, a título de exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Habeas corpus* 370480/SP, 6ª Turma, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis de Moura, Brasília, DF, DJe 4.10.2016).

detenção¹⁵⁷, caberia ao magistrado estabelecer o regime partindo da quantidade de pena atribuída.

Nesse sentido, o regime fechado é vocacionado ao condenado à pena de reclusão superior a 8 anos, sendo cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média. No regime fechado há a possibilidade de trabalho interno ou externo – esse somente em serviços ou obras públicas – durante o período diurno, sendo aplicado o isolamento durante o repouso noturno.

Já o regime semiaberto se dá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Via de regra, destina-se aos condenados a penas corporais entre 4 e 8 anos e se diferencia do regime fechado em razão da possibilidade de estudos e trabalhos externos.

Por fim, o regime aberto se executa em casa de albergado ou estabelecimento adequado, nos termos da Lei. Destina-se ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos, no entanto, a reforma do Código Penal decorrente da Lei nº 9.714/1998 acabou por diminuir a aplicação do regime inicial aberto em razão da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e/ou multa (art. 44 do Código Penal). Mesmo assim, tem o regime aberto como tônica a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado que poderá trabalhar, estudar ou desempenhar qualquer atividade autorizada durante o dia, recolhendo-se à noite e nos dias de folga.

Dito isso, a quantidade da pena não é o único fator a ser levado em conta para a determinação do regime inicial. Diz o § 3º do art. 33 do Código Penal que o regime inicial se determina frente às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, permitindo assim um maior espaço de discricionariedade do julgador visando alcançar a correta individualização de pena. Já existe no ordenamento, portanto, mecanismo legal que permite distender o rigor matemático na determinação de pena; ocorre que tal regra usualmente é utilizada para aplicação de regime inicial mais gravoso. De toda forma, é certo que a aplicação de regime diverso exige a devida fundamentação.

Nesse contexto incidirá o benefício de cumprimento de pena em regime diverso do fechado previsto na Lei 9.613/1998, no § 5º do art. 1º, benefício que não encontra correspondente na Lei 12.850/2013. Tendo sido eficaz a colaboração premiada sob tal regime premial, resta reduzido o espectro decisório do magistrado, que não poderá

¹⁵⁷ Há abertura na letra da lei para que mesmo a pena de detenção possa ser cumprida em regime fechado excepcionalmente, através da posterior regressão de regime, retirando-se a exclusividade no emprego do regime fechado que a pena de reclusão aparentava deter.

determinar o regime fechado como sendo o inicial. Existindo prévio acordo de colaboração, é possível que se determine especificamente o cumprimento da pena em regime inicial semiaberto ou aberto, de tal maneira que se relegue ao magistrado tão somente a análise quanto à eficácia da colaboração, com a incidência direta do regime previsto no acordo homologado.

O benefício avistado na Lei 9.613/1998 assim determina quais seriam os regimes diversos ao fechado a serem aplicáveis: o aberto ou semiaberto. Repisar tal ponto pareceria desnecessário não fosse o advento dos chamados regimes diferenciados, nascidos na prática dos acordos de colaboração premiada.

A expressão “diferenciado” não é das mais precisas e desperta a suspeita de que seu emprego evita o emprego doutros termos mais descritivos, mas com ares de indesejada leniência, como talvez o fosse “regime amenizado”. Lançando olhos sobre o ordenamento, os chamados regimes diferenciados dos acordos de colaboração em nada se assemelham ao único regime diferenciado existente na Lei de Execução Penal, o regime disciplinar diferenciado introduzido pela Lei nº 10.792/2003, que impõe ao preso limitação ímpar pelo recolhimento em cela individual, limitação de banho de sol e de visitação.

Sob vetor oposto, o regime diferenciado previsto em acordos de colaboração, especialmente na Operação Lava Jato, cumpre-se essencialmente no domicílio do colaborador, sem que o não preenchimento das hipóteses legais do recolhimento domiciliar seja óbice ao benefício. Normalmente, a prisão em domicílio somente seria aplicável quando o preso, em regime aberto, fosse maior de setenta anos, acometido de doença grave, genitor de filho menor ou com deficiência, senão, mulher gestante (art. 117, Lei de Execução Penal).

Ora, o estabelecimento em que se cumpre a pena é um dos principais diferenciais entre os três regimes de pena privativa de liberdade. Um possível argumento para afastar a disposição normativa sobre o estabelecimento seria a necessidade de prover segurança ao colaborador. É certo que a colaboração premiada está intrinsecamente ligada à salvaguarda do delator, destacando-se o direito do colaborador de cumprir pena em estabelecimento diverso dos delatados (art. 5º, VI, Lei 12.850/2013) bem como as medidas de proteção previstas na Lei 9.807/1999, que estipula regime aplicável a toda espécie de colaboração. Essa última Lei efetivamente menciona a possibilidade de constituição de estabelecimentos destinados a colaboradores (art. 19), mas daí a dizer que sua residência poderia substituir o cárcere se trata de desproporcional salto interpretativo, especialmente por haver regulamentação específica para a prisão domiciliar.

Os regimes diferenciados têm diversas nuances, mas podemos dizer que há elementos comuns em diversos acordos que indicam uma tentativa de espelhar os três regimes de pena previstos na Lei. Prevê-se assim o chamado regime fechado diferenciado, no qual o colaborador fica recluso em sua residência e dela não pode se ausentar senão em situações muitíssimo excepcionais – a exemplo de súbito acometimento de males físicos a si próprio ou parente sob sua responsabilidade; o chamado regime semiaberto diferenciado no qual o colaborador pode trabalhar durante o dia e assim se ausentar de sua residência, a ela se recolhendo à noite e nos fins de semana; e, por fim, o regime aberto no qual, independentemente de exercício de trabalho, persiste alguma restrição de locomoção, particularmente no período noturno.

Não é incomum a previsão de que o colaborador seja monitorado eletronicamente (art. 146-B, LEP), de forma que tal fiscalização via GPS acaba sendo alvo de ampla negociação na pactuação do acordo. A vigilância imposta ao colaborador, contudo, chega a extremos.

O acordo de colaboração de Ricardo Pessoa chega a estipular que “o domicílio do beneficiário poderá ser submetido a vigilância eletrônica em todos os meios de comunicação”. Para tanto, o colaborador concordou com a “interceptação telefônica, de dados, telemática, de todos os meios de comunicação” existentes em sua residência. Tenham as autoridades realizado ou não a vigilância acordada, certo é que a ampla negociação das cláusulas quanto ao cumprimento de regime chega a desafiar direitos constitucionais de forma ímpar, a exemplo da intimidade e o sigilo de comunicações (art. 5º, XI e XII, Constituição da República).

Daí Badaró afirmar que tais regimes são ilegais, de tal forma que “não há previsão de que a pena a ser cumprida em qualquer desses regimes, o seja fora dos parâmetros previstos na lei, ou com padrões diversos”¹⁵⁸. Buscando remediar o cumprimento de pena em regimes cujo regramento se encontra fora do ordenamento jurídico, a Lei 13.964/2019

¹⁵⁸ “Não tem sentido a criação de ‘regimes diferenciados’. Regime aberto, semiaberto ou fechado acompanhados do qualificativo ‘diferenciado’. São regimes diferentes do legais, o que no caso, significa mais do que não legais. São ilegais.

[...]

Como não há previsão de que a pena a ser cumprida em qualquer desses regimes, o seja fora dos parâmetros previstos na lei, ou com padrões diversos, o regime inicial deverá ser fixado segundo os critérios comuns do §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. E cumprida de forma progressiva, segundo os parâmetros da Lei de Execução Penal” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Limites do pactuado na Colaboração Premiada: pode o Ministério Público fixar penas ou conceder perdão?. **Badaró Advogados - artigos**, 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/21-082018-limites-do-pactuado-na-colaboracao-premiada-pode-o-ministerio-publico-fixar-penas-ou-conceder-perdao.html>>. Acesso em: 6 de jan. 2020.).

recém-sancionada colocou a questão em pratos limpos ao dispor que a decisão homologatória de acordo não pode validar cláusulas “que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei 2.848/1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) [...]”¹⁵⁹. Somos da opinião que, antes mesmo da promulgação do novo diploma, não havia dúvidas legítimas sobre a ilegalidade da negociação sobre regime inicial e o regramento do regime de pena privativa de liberdade; a partir da vigência das novas disposições legais¹⁶⁰, coloca-se uma pedra sobre o assunto.

3.3.1.3. Substituição por pena restritiva de direito

O *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013 prevê a possibilidade de que o acordo de colaboração abranja o benefício da substituição de pena privativa de liberdade por uma - e somente uma¹⁶¹ - pena restritiva de direitos. Como é sabido, o regime dessa espécie de pena foi ampliado no ordenamento pela Lei 9.714/1998, sendo previstas pelo Código Penal nas seguintes modalidades: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Como pudemos expor no início do presente título, o modelo “carcerocêntrico” de determinação da pena estipula que, inicialmente, seja calculada a pena privativa de liberdade cabível, para que então seja analisada a possibilidade de sua substituição, sendo a pena restritiva de direito uma pena autônoma. As restritivas de direito, assim, usualmente têm requisitos próprios: o crime cometido tem de ser culposo ou a pena corpórea deve ser inferior a quatro anos, o crime não pode envolver violência ou grave ameaça, o autor não pode ser reincidente em crime doloso e, por fim, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e circunstâncias do delito deverão ser levados em conta.

Resta evidente que os requisitos para aplicação de tal espécie de pena acima expostos restam afastados no contexto da colaboração premiada. Parte deles, em verdade, se

¹⁵⁹ Art. 3, §7º, inciso II da Lei 13.964/2019.

¹⁶⁰ A Lei em questão previu *vacatio legis* de 30 dias (sua vigência terá início em 24 jan. 2020).

¹⁶¹ Limite dado pelo uso da palavra pena no singular que impede o emprego de duas penas restritivas de direitos conjuntamente, fórmula permitida apenas no Código Penal.

repete no dispositivo da Lei 12.850/2013 que prevê requisitos para concessão de qualquer benefício da Lei 12.850/2013 (§2º, art. 4º) – personalidade, circunstâncias. A norma citada deixa ampla margem para discricionariedade, mas a aplicação da pena deve sempre vir acompanhada de juízo motivado sobre o preenchimento ou não das condições necessárias.

Em relação às penas de prestação pecuniária e de perda de bens e valores¹⁶², cumpre apontar que tem predominado o entendimento segundo o qual elas não se confundem com cláusulas de caráter patrimonial sobre a destinação de bens adquiridos com o produto da infração do crime; exemplo de tal espécie de cláusula se encontra no acordo de colaboração de Alberto Youssef, conhecido doleiro envolvido na Operação Lava Jato. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a matéria, estipulando que, mesmo sem expressa previsão legal, “o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador”¹⁶³.

3.3.1.4. Perdão judicial

Findando a relação dos benefícios a serem discutidos na sentença, temos o perdão judicial da Lei 12.850/2013. Trata-se de benefício previsto anteriormente na Lei 9.807/99, muitíssimo semelhante também ao benefício da Lei 9.613/98 de “não aplicação da pena”, efeito característico do perdão judicial. Como causa extintiva de punibilidade (art. 107, Código Penal), trata-se o perdão de instituto conhecido no ordenamento brasileiro, razão pela qual aproveitamos valorosa citação jurisprudencial pertinente ao Supremo Tribunal Federal que expõe a sua conceituação:

José Frederico Marques conceitua o perdão judicial como ‘ a providência de caráter jurisdicional com que o juiz deixa de aplicar ao autor de uma

¹⁶² A título de comentário, a doutrina aponta que apenas as penas de prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos são essencialmente restritivas de direitos, pois as demais constituiriam em verdade penas restritivas de liberdade em menor escala e penas patrimoniais (PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Direito de execução penal**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 195).

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, Julgamento em 27.8.2015.

infração penal, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, o preceito sancionador cabível' (MARQUES. José Frederico. Curso de Direito Penal , vol. 3., p. 270). Aníbal Bruno, por sua vez, explica que o perdão judicial '[...] não extingue o crime, porque este é precisamente o seu pressuposto. O Estado, pelo órgão da Justiça, reconhece a existência do fato punível e a culpabilidade do agente, mas pelas razões particulares que ocorrem, resolve desistir da condenação que cabia ser imposta. E a declarar isso é que se limita a sentença [...]'(BRUNO, Aníbal. Direito Penal, volume I, tomo III, p. 164.)¹⁶⁴.

A Lei 12.850/2013 não inova na previsão do benefício em si, mas no procedimento pelo qual ele pode ser aplicado. Isso porque estipula que o perdão judicial poderá ser requerido mesmo se não inserido como cláusula de benefício do acordo de colaboração premiada (art. 4º, §2º, da Lei 12.850/2013). O Ministério Público ostenta força ímpar na efetiva decisão pela concessão do perdão na medida em que se previu a aplicação do mecanismo do art. 28 do Código de Processo Penal, tema que será explorado no título 3.5.1.

3.3.2. Destaque: a busca por um modelo de atribuição de benefícios em acordos de colaboração premiada

Exposto o modelo legal de incidência da colaboração premiada na sentença, não seria possível deixar de lado a dimensão a que a prática alçou o instituto¹⁶⁵. A Lei 12.850/2013 entrou em vigor no final do ano de 2013 e logo teve como vitrine a chamada Operação Lava Jato, descrito como um “terramoto judiciário e político”¹⁶⁶ que atingiu o Brasil. Trata-se de um conjunto de apurações criminais envolvendo a empresa brasileira Petrobrás, investigações inicialmente encabeçadas pela Polícia Federal e Ministério Público Federal paranaenses. A delação de um doleiro em especial, o já mencionado Alberto

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 926/AC, Rel. Min. Roberto Barroso, Brasília, DF, julgamento em 6.9.2016.

¹⁶⁵ “[...] mostra-se totalmente insuficiente o mero exame do texto legislado (fundamentalmente, da Lei 12.850/2013). A prática que se realiza no judiciário tem extrapolado em muito o regramento previsto, rompendo, em grande medida, com o respeito à legalidade” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 19).

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017.

Youssef, foi elementar para o prosseguimento das investigações encetadas tanto no Brasil como exterior, as quais contaram com diversos outros colaboradores. Tal dimensão não seria alcançada senão pela maior segurança jurídica das normas premiais brasileiras, como apontam vozes do mundo jurídico:

En Brasil, sin embargo, fue muy diverso, porque la introducción del whistleblowing criminal causó un rotundo abalo jurídico y político. La llamada ‘Operação Lava Jato’ alcanzó baremo de ser la más grande operación anticorrupción de todo el mundo, y todo ello a partir de la delación de un allí llamado ‘doleiro’, alguien que operaba el dinero negro y caja B de grandes empresas y partidos políticos. Corporaciones de las más potentes de América Latina, como la Petrobrás y la Odebrecht, fueron denunciadas en esos ‘acuerdos de delación’ en el marco de procedimientos penales, y sus directivos están en la cárcel o al menos imputados. [...] el resultado impresiona: a día de hoy, 04 Presidentes o ex-presidentes latino-americanos están imputados (dos de Perú, dos de Brasil), varios diputados, senadores y ex-gobernadores de Estado brasileño, ministros de Estado (como el de Colombia), bien como directivos de grandes empresas transnacionales están en la cárcel, todo ello a causa de la introducción del whistleblowing y de la plea bargaining en la legislación criminal de Brasil¹⁶⁷.

A propósito da menção ao colaborador Alberto Youssef, temos que seu acordo de colaboração foi amplamente divulgado pela mídia¹⁶⁸. Os benefícios tratados no negócio não seguem os moldes estritos do que prevê a Lei 12.850/2013, pois o Ministério Público Federal ofereceu ao colaborador a pena máxima fixa de reclusão de 30 anos. A partir do momento em que as condenações do colaborador transitadas em julgado alcançassem tal marco, todos os demais processos existentes contra ele seriam suspensos por 10 anos. A pena máxima, contudo, não seria cumprida integralmente: os primeiros anos da reclusão seriam em regime fechado, havendo mecanismo para estabelecer qual seria o montante nesse regime (entre 3 e 5 anos), após o que seria o colaborador progredido para o regime aberto independentemente dos requisitos legais; foi determinada ainda a pena de multa em seu patamar mínimo, dentre outros temas tratados.

¹⁶⁷ VERVAELE, John A. E. Prólogo *al ensayo* “delação premiada: limites éticos ao Estado”. In: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. XII.

¹⁶⁸ Seu inteiro teor foi divulgado no sítio eletrônico do Jornal O Estado de São Paulo. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em: 23 de out. 2019.

Esse e outros acordos de colaboração da mesma Operação foram sucessivamente divulgados na imprensa, podendo ser facilmente encontrados, advindo daí grande a visibilidade dada à colaboração premiada dentro e fora do mundo jurídico. Os acordos de colaboração da Operação Lava Jato passaram a abarcar muitos outros temas além daqueles previstos em Lei, adquirindo nuances cada vez mais diversas.

Exemplo disso é o acordo do ex-senador da República, o colaborador Delcídio do Amaral Gomez, segundo o qual os benefícios penais seriam diversos antes e depois do trânsito em julgado de sentença condenatória, de uma maneira peculiar. Isso porque, antes do trânsito, destaque-se, ainda na forma de medida cautelar, vigoraria privação de liberdade a ser cumprida na forma dos já citados regimes diferenciados. Tendo transitado em julgado alguma condenação, estabeleceu o acordo que a pena máxima de Delcídio seria de 15 anos de reclusão, quantia a ser alcançada por condenações transitadas em julgado, após o que seriam suspensos os processos contra ele. Depois, caso não tivesse cumprido os intervalos acordados quanto à medida cautelar, deveria seguir no cumprimento da prisão agora sob a natureza de pena, até que concluído o tempo total.

Peculiaridades e extravagâncias podem ser avistadas em diversos acordos da colaboração nesse mesmo contexto¹⁶⁹. Os diferentes benefícios estipulados em acordos de colaboração foram mais e mais se diferenciando, sendo possível nos estendermos longamente na descrição de peculiaridades mil, que fogem ao fundamento normativo apontado pelos próprios acordos, como apontam Canotilho e Brandão:

Com efeito, os pontos normativos de referência e de medida – as convenções internacionais de Mérida e de Palermo, internalizadas no ordenamento brasileiro, o Código de Processo Penal e a Lei 12.850/2013 – pouco adiantam quanto à estrutura e natureza jurídica dos termos de colaboração premiada¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Uma constatação que não é nova: “Se, por um lado, não há dúvidas acerca da inovação normativa trazida pela colaboração premiada, por outro lado, tampouco há dúvidas de que os acordos ora em exame deveriam estar adstritos às hipóteses e condições legais. Contudo, o exame de tais documentos revela que os acordos foram realizados sem que os benefícios ali concedidos tivessem base na lei” (BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, ago. 2016, p. 8).

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017. p. 140.

Sob risco de ser levado pela descrição meramente casuística, o presente trabalho apontará algumas excentricidades quando pertinentes à temática tratada, mas centrará a atenção nas tentativas de uniformização no trato da colaboração premiada que a Polícia e, especialmente, o Ministério Público Federal empreenderam¹⁷¹.

No âmbito da Polícia Federal, a Instrução Normativa nº 108-DG/PF, de 7 de novembro de 2016, buscou disciplinar a atuação do órgão em colaborações premiadas, trazendo diversos aspectos procedimentais mas, no geral, não se distanciou da previsão legal sobre o instituto. Em relação ao *Parquet*, contudo, houve a publicação da Orientação Conjunta nº 1/2018 da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal¹⁷², ato a ser analisado em maior profundidade dada a grande repercussão na configuração da colaboração premiada no contexto brasileiro.

3.3.2.1. Orientação Conjunta nº 1/2018

O regulamento ministerial conta com uma definição do acordo de colaboração premiada, qual seja:

[...] negócio jurídico processual, meio de obtenção de provas, que pressupõe utilidade e interesse públicos, os quais são atendidos desde que advenha um ou mais dos resultados previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013 e pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante (Capítulo 1, item 1).

O dispositivo já agregava, portanto, elementos que vieram a ser disciplinados pela Lei nº 13.964/2019¹⁷³, provendo parâmetros a serem seguidos pelos Procuradores da República quando vierem a negociar acordos de colaboração.

¹⁷¹ Tratando sobre as tentativas de regulamentação, confira-se também WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 279-306., jun. 2019. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151450>. Acesso em: 5 jan. 2020.

¹⁷² Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 9 de jul. de 2018. A 2ª Câmara é órgão ministerial que atua em matéria criminal, e a 5ª Câmara, especificamente na temática do combate à corrupção.

¹⁷³ Ainda não vigente ao tempo da conclusão do presente trabalho.

Ali constam importantes orientações sobre a necessidade de formalização da proposta de acordo recebida, que deve ser instruída com documentos e os chamados anexos – documentos contendo o relato episódico dos fatos criminosos a serem revelados – que permitam identificar a perspectiva da utilidade da contribuição do colaborador; assinatura de termo de confidencialidade e possibilidade de suspensão de medidas de litigância etc. Diversas outras orientações estipulam ainda quais devem ser as atitudes dos Procuradores que se proponham a negociar com potenciais colaboradores, que incluem realização de diligências para corroboração das informações, a restituição do material recebido para que o colaborador o complemente, o tratamento a ser dado quando o colaborador relatar fatos sujeitos a diferentes instâncias e foros etc.

O ponto de maior interesse para o presente estudo é a abordagem sobre os benefícios penais aplicáveis ao acordo de colaboração.

De pronto, o regulamento reforça a excepcionalidade do benefício da imunidade. Muito embora utilize termos amplos, a Orientação segue a tônica de que a imunidade somente deve ser considerada pelo negociador quando doutra maneira não for possível a persecução penal dos fatos relatados pelo colaborador.

Outros fatores a serem analisados no sopesamento dos benefícios a serem oferecidos são os seguintes: “quantidade de fatos delitivos narrados pelo colaborador; oportunidade da colaboração (ou seja, o momento em que revelou os fatos desconhecidos à investigação); a natureza e credibilidade da descrição dos fatos narrados; a culpabilidade do agente em relação ao fato; os antecedentes criminais; a disposição do agente em cooperar com a investigação e persecução de outros fatos; os interesses da vítima; o potencial probatório da colaboração e outras consequências em caso de condenação; as provas apresentadas pelo colaborador e as linhas de investigação ampliadas” (Capítulo IV, Item 18).

Culmina a Orientação por descrever a técnica a ser seguida na definição dos benefícios que envolvam privação de liberdade. Resta evidente que parte dos ditames reflète cláusulas inseridas em acordos de colaboração firmados no âmbito da Operação Lava Jato, nos quais previstos marcos punitivos máximos:

26. O benefício penal previsto no acordo de colaboração premiada poderá ser definido de acordo com as seguintes técnicas:

26.1. preferencialmente, pelo estabelecimento de marcos punitivos máximos, a serem concretizados em apreciação judicial com os seguintes elementos sugeridos, segundo os indicativos legais:

- a) patamar máximo unificado de pena decorrente do somatório das sentenças condenatórias, o qual, ao ser atingido, levará à suspensão das demais ações e investigações em curso e seus respectivos prazos prescricionais;
 - b) pena que será efetivamente cumprida pela parte em regimes a serem definidos no acordo;
 - c) suspensão do cumprimento da diferença entre o máximo unificado da pena e a pena que será efetivamente cumprida, com possibilidade de retomada do cumprimento do máximo unificado da pena em caso de rescisão ou descumprimento do acordo; ou
- 26.2. alternativamente, estabelecimento de patamares mínimos e máximos, a serem delimitados por ocasião da sentença, para cumprimento da pena (Capítulo IV, Título 26)¹⁷⁴.

Segundo a lógica ali avistada, o benefício de redução da pena deveria preferencialmente se dar pelo estabelecimento de uma pena máxima unificada – cujo cálculo não segue qualquer parâmetro existente no ordenamento –, pena essa que, quando atingida por vindouras condenações, levaria à imediata suspensão doutras investigações e processos pertinentes ao colaborador. Trata-se de um peculiar modo de tratar a soma e unificação de penas no concurso de delitos, trazendo a determinação da pena final à mesa de negociação.

Salo de Carvalho avista no fenômeno uma extrapolação dos limites estritos da lei, diagnosticando “uma fusão *sui generis* ou uma espécie de *lex tertia* processual”¹⁷⁵. Com razão, afirma o autor que a individualização de pena não deixou de ser tarefa do magistrado¹⁷⁶:

[...] o julgador não pode abdicar da tarefa individualizadora de dosimetria, substituindo-a pela adesão cega à pena estabelecida no acordo. Em observância ao princípio constitucional e às regras instrumentalizadoras dispostas no Código Penal (art. 59 e art. 68), o magistrado deve realizar o procedimento individualizador, adequando a sanção ao fato de forma a apresentar uma resposta adequada e proporcional, observando, como limite máximo, o acordado. Nada impede, portanto, que no processo regular de dosimetria o magistrado chegue a resultado inferior.

A reprodução da pena acordada de forma autômata ofende frontalmente a individualização e pode gerar situações bastante graves. Não apenas

¹⁷⁴ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 9 de jul. de 2018.

¹⁷⁵ CARVALHO, Salo de. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JUNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.) **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 513. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152231>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁷⁶ Exceção, claro, seria o pacto de imunidade.

porque não cabe às autoridades policial ou ministerial individualizar a pena (o procedimento é exclusivamente judicial), mas porque é no contraditório processual que as hipóteses da denúncia são testadas (certificadas, refutadas, falseadas), inclusive em relação às circunstâncias objetivas e subjetivas que moldarão a pena¹⁷⁷.

Aqui cumpre então realizar a questão mais ampla, indagando-se se seria possível a pactuação de benefícios penais não previstos em lei alguma, ou mesmo benefícios previstos em diplomas premiais sob parâmetros não expostos na lei, tal qual o modelo de atribuição de pena avistado na Orientação. Em artigo tratando desse ponto, Andrey Borges de Mendonça afirma que:

A Lei 12.850/13 não disciplinou todos os aspectos em torno da negociação penal, sendo silente, em especial, quanto aos limites do poder de negociação das partes, assim como sobre a possibilidade e os limites da negociação sobre benefícios processuais¹⁷⁸.

Contrariando o autor, somos da opinião que a lei em questão não foi silente quanto aos limites do poder de negociação das partes no acordo de colaboração. Ela previu os benefícios possíveis e, para constatá-lo, basta a leitura do *caput* do art. 4º:

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: [...].

¹⁷⁷ CARVALHO, Salo de. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JUNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.) **Sentença criminal e aplicação da pena**: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 519/520. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152231>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁷⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.) **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 77.

A Constituição da República dita que, em matéria de pena, o ordenamento segue a regra da reserva de Lei. O art. 5º, XXXIX diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, norma reproduzida pelo Código Penal ao afirmar que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (art. 1º).

Se a lei 12.850/2013 nada dissesse sobre os limites dos benefícios legais é porque, ao versarem sobre pena, eles teriam de estar na Lei; o diploma não diz que o colaborador e órgão da persecução penal podem negociar qualquer pena. Existisse nesse ponto o silêncio – não há – e deveria se aplicar a regra do Código Penal segundo a qual qualquer espécie de pena carece de cominação legal. Nesse sentido lecionam Canotilho e Brandão:

Possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa nesse sentido. Dito de outro modo: é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal¹⁷⁹.

Daí porque Cordeiro afirma a insubsistência das chamadas penas inventadas dos acordos de colaboração¹⁸⁰. Concorda com isso também Felipe da Costa De-Lorenzi:

Mais uma vez, desconsidera-se que, no processo penal, o Ministério Público e o Poder Judiciário estão vinculados à legislação, que não dá cheque em branco para fixação das sanções. A Lei 12.850/2013 é expressa em determinar critérios que devem ser levados em conta para a concessão dos benefícios (art. 4º, § 1º)¹⁸¹.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017. p. 147.

¹⁸⁰ Em acréscimo: "A regra da lei prévia é fundamento não apenas de existência do crime, mas de sua pena e de todo o procedimento judicial - não pode o Estado-persecutor aplicar penas ou ritos sem previsão legal, mesmo a pretexto de beneficiar cidadãos" (CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro, Forense, 2020. p. 58).

¹⁸¹ DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências**

A questão toca o problema, comum ao Direito como um todo, de determinar se um rol de hipóteses previsto em Lei é estrito ou meramente exemplificativo¹⁸². Conquanto Mendonça afirme que a legalidade não pode ser utilizada para restringir espaço de liberdade, temos que a questão se encontra em determinar qual a legalidade a ser aplicada no caso concreto.

Estamos a tratar da legalidade que regula a conduta dos entes públicos, que agem somente quando a lei lhes autoriza. Nesse caso, o legislador permitiu certos pontos de negociação, restando evidente que a expansão dos prêmios acordados constituiria verdadeira substituição ao poder Legislativo¹⁸³. O Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, nessa sequência, bem expõe que o negociado não pode valer mais que o legislado:

Resta tecer ainda uma última consideração, em caráter introdutório, acerca do princípio da reserva legal. Este não se confunde com o princípio da legalidade, que encontra abrigo no art. 5º, II, de nossa Constituição Federal, *verbis*: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Isso significa que os limites à liberdade das pessoas são fixados por elas mesmas, ou seja, por seus representantes, segundo devido processo legislativo. É um postulado libertário, pois os indivíduos, na vida privada, podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Já no Direito Público, especialmente no Direito Penal, que é um de seus ramos, vigora o princípio da estrita legalidade, segundo o qual só é possível agir quando a lei expressamente o autoriza. [...]

Não se ignora que o Ministério Público pode deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e caso seja o primeiro a prestar efetiva colaboração, nos termos do que estabelece o §4º do art. 4º da Lei específica, mas inexistente qualquer autorização legal para que as partes – encontrando-se em um dos polos do acordo o *Parquet* – convençionem a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena.

Criminais, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 293-337., mai. 2019. p. 318. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151402>. Acesso em: 5 jan. 2020.

¹⁸² Sobre o tema também dissertou Moraes, com o qual discordamos em razão do autor mencionado afirmar ser o rol meramente exemplificativo (MORAIS, Hermes Duarte. **Regime jurídico da colaboração premiada: direitos e deveres das partes e poderes do juiz**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 91).

¹⁸³ Contrariando tal maneira de pensar: “Na mesma linha, a própria Constituição de 1998 previu um modelo de consenso no âmbito penal, ao menos para os juizados especiais criminais e as infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 98, inc. I, do texto constitucional, com a expressa possibilidade de transação nos casos que a lei admitir. Ou seja, a própria Constituição admite que haja espaços de consenso no processo penal. Nada impede, porém, que esse espaço seja ampliado, inexistindo qualquer vedação constitucional nesse sentido” (MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 66/67).

Se tal ocorrer, à toda evidência, não poderá o juiz homologar a avença, eis que esta se sobrepõe ao que estabelecem a Constituição e as leis do País¹⁸⁴.

A autonomia da vontade desempenha relevante papel no acordo de colaboração¹⁸⁵, pois é certo que a assinatura de acordo depende do consentimento informado do agente. No entanto, deve-se atentar ao espectro disponível para manifestação da vontade. Não houve silêncio sobre o objeto possível do acordo de colaboração, sendo inviável a negociação de quaisquer benesses desejadas. A natureza cogente do Direito Penal é assim reforçada por Salvador Netto, que afirma que acordos de colaboração que alcançam o programa de execução são feitos “à margem da legalidade”:

Dada essa ausência de solução legal para a matéria, o debate reside na possibilidade de acordos de colaboração substituírem o programa executório oficial do Estado, o qual traz consigo uma finalidade principiológica para a sanção penal, independentemente da individualidade do sentenciado. A tendência de resposta dessa questão passa pela reafirmação da execução penal como um ambiente de cogência e legalidade, não havendo espaço possível para a elaboração particular de um estatuto específico para o caso concreto. Inexiste qualquer óbice das partes negociarem, por exemplo, o regime inicial de cumprimento, providência que nos procedimentos contenciosos é tarefa do magistrado na confecção da sentença. O que parece ser inadmissível é a criação de regimes diferentes, alteração da ordem e da lógica de progressividade, modificação dos prazos e requisitos etc.¹⁸⁶

A toda evidência, a reforma legislativa decorrente da promulgação da Lei 13.964/2019 tende a colocar um ponto final na questão. O diploma será alvo de maiores considerações no título seguinte, no entanto, a nova redação do § 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013 deixa claro que os benefícios pactuados devem se ater àqueles:

¹⁸⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação dos poderes. *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro, Forense, 2018. p. 519, 522/523.

¹⁸⁵ “Ademais, a autonomia da vontade impõe a liberdade de estabelecer o conteúdo do acordo. Nenhum acordo de colaboração premiada pode ser padronizado, como se fosse um contrato de adesão, ou mesmo imposto, devendo ser objeto de negociação entre as partes, conforme visto” (MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 61).

¹⁸⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Execução penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade? **Boletim IBCCRIM**, edição 324, São Paulo, nov. 2019. p. 4/6.

[...]previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei 2.848/ 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo¹⁸⁷.

Por tudo quanto acima exposto, somos da opinião que a Orientação revela uma incompatibilidade profunda com o modelo normativamente aceito, descompasso que se torna evidente com a reforma da Lei 12.850/2013 ocorrida em dezembro de 2019. O modelo de penas fixas em parte cumpridas em regimes diferenciados, avistado em acordos de colaboração da Operação Lava Jato e noutras investigações, foge à própria lógica do ordenamento brasileiro em matéria penal, pautado pela individualização judicial da pena e um programa executório pré-definido, como bem aponta Badaró:

A previsão de uma pena específica no acordo rompe com a sistemática da lei. O legislador, corretamente, desconfia da colaboração premiada. A Lei 12.850/2013 exige que o acordo seja homologado com verificação da voluntariedade, regularidade e legalidade (art. 4.º, § 7º). Depois, em regra, deverá haver denúncia e processos, cabendo ao juiz, na sentença apreciar ‘os termos do acordo homologado e sua eficácia’. (art. 4.º, § 11º)¹⁸⁸.

Há na Lei 12.850/2013 parâmetros específicos para o sopesamento da eficácia da contribuição do colaborador para determinação do benefício devido (art. 4º, § 1º), os quais devem ser aplicados no momento devido: a fase de determinação da pena na sentença condenatória, como regra. A norma premial não afasta toda a normativa de natureza cogente que recai sobre a execução da pena.

Lembre-mo-nos ainda que o emprego de penas fixas permitiria episódios em que a redução da quantidade da pena acabasse por ser maior do que a máxima fração de redução permitida pelos diplomas premiais, os conhecidos dois terços previstos nos diversos regimes

¹⁸⁷ Redação dada à Lei 12.850/2013 pela Lei 13.964/2019, ainda em *vacatio legis* quando da elaboração do presente trabalho.

¹⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Limites do pactuado na Colaboração Premiada: pode o Ministério Público fixar penas ou conceder perdão? **Badaró Advogados - artigos**, 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/21-082018-limites-do-pactuado-na-colaboracao-premiada-pode-o-ministerio-publico-fixar-penas-ou-conceder-perdao.html>>. Acesso em: 6 de jan. 2020.

de colaboração. Sequer é possível ter a dimensão de quantas vezes isso já não pode ter ocorrido nos casos de acordos firmados no âmbito da Operação Lava Jato.

Sim, pois, passando a outro ponto tratado na Orientação, o mecanismo de suspensão do processo avistado no regulamento em questão propõe que não surjam processos adicionais em relação ao colaborador a partir do momento em que alcançada a pena máxima estabelecida – que no curso do presente trabalho também trataremos pelo nome de pena máxima ficta; resta impedida a correta dimensão de qual seria a reprimenda total devida, único parâmetro possível para a redução fracionária da pena.

Novamente, tratando da suspensão, há na Orientação Conjunta conflito com o regime legal: enquanto o gatilho para suspensão, no modelo da Orientação, seria o preenchimento de um *quantum* estipulado como máximo de pena determinado em acordo, diz a Lei 12.850/2013 que a suspensão seria possível até que fossem cumpridas as medidas de colaboração. Um marco nada tem que ver com o outro, tendo a Lei 12.850/2013 dado a entender que a suspensão está limitada à realização de condição específica. O parâmetro de suspensão não pode ser alvo de negociação, sendo necessário também o estabelecimento de um limite máximo¹⁸⁹.

Em relação à suspensão acima descrita, Andrey Borges de Mendonça afirma que estaria a se aplicar de maneira analógica o art. 77 do Código Penal, o qual versa sobre a suspensão condicional da pena¹⁹⁰. O instituto em questão, contudo, visa sobrestar a execução de penas diminutas e encontra-se em estado de relativo desuso¹⁹¹ em razão da guinada do ordenamento em prol da aplicação de penas restritivas de direito¹⁹². A excentricidade é apontada por Salo de Carvalho em comparativo com a Lei 9.099/1995 que efetivamente estabeleceu um período de prova tal qual se avista na Orientação:

¹⁸⁹ Tema tratado em: CRUZ, Flavio Antônio da. *Plea Bargaining* e Delação Premiada: Algumas Perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição 2, Dezembro de 2016. Disponível em:

<https://www.academia.edu/32104639/PLEA_BARGAINING_E_DELA%C3%87%C3%83O_PREMIADA_ALGUMAS_PERPLEXIDADES?email_work_card=title>. Acesso em: 6 jan. 2020.

¹⁹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.); Moura, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 91.

¹⁹¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 252.

¹⁹² Em razão de seu reduzido peso na execução penal, optamos por não desenvolver no título 3.4.3 seguinte um capítulo próprio ao tema, que aqui é tratado brevemente.

A negociação no campo processual penal foi instituída pela Lei 9.099/95, que, ao regulamentar o art. 98, I da Constituição, instituiu a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Ocorre que a Lei dos Juizados Especiais criou, para instrumentalizar os referidos institutos, um mecanismo de interrupção temporária do processo. Assim, a persecução penal e a prescrição ficam suspensas durante o período de prova e, se não ocorrer nenhuma intercorrência, a punibilidade é extinta após o cumprimento do acordo. [...]

Já na Lei 12.850/2013 não há previsão da possibilidade de negociação da pena com subsequente suspensão do processo. O estatuto poderia tê-lo feito, mas não o fez. Segundo disposto, o colaborador, após negociar as condições do acordo, seguirá como corréu no processo principal e, ao final da instrução, o juiz definirá o ‘prêmio’ (perdão judicial ou redução e/ou substituição da pena ou modificação de regime de cumprimento) levando em conta as condições estabelecidas no art. 4º, § 1º, Lei 12.850/2013.

As situações reguladas nas Leis 9.099/95 e 12.850/13 são, pois, totalmente diversas, não havendo parametrização. Apenas na Lei dos Juizados há previsão de cumprimento, em forma de acordo, de espécie de pena não privativa de liberdade, como a restrição de liberdade e a suspensão temporária de direitos (art. 89, § 1º)¹⁹³.

A suspensão do processo nos moldes da Orientação, a toda evidência, acaba por alçar a suspensão do processo ao *status* de benefício por si própria, conforme destacam Canotilho e Nuno Brandão¹⁹⁴. Trata-se de um benefício que coloca o colaborador numa precária e duradoura posição de aparente conforto, mas que vem conjugada a peculiar submissão ao Ministério Público - uma disfarçada *capitis diminutio* dos tempos modernos. Isso porque a técnica de suspensão descrita submete o colaborador a um período de suspensão do processo por dilatados dez anos – esse tem sido o tempo padrão¹⁹⁵ – no qual fica sujeito à revogação dos benefícios caso se entenda pelo descumprimento do acordo de colaboração. Tal posição de vulnerabilidade a se estender por uma década não é exposta em qualquer dispositivo da Lei 12.850/2013, em nada refletindo o espírito do modelo premial

¹⁹³ CARVALHO, Salo de. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JUNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 512/513 Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152231>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017. p. 161/164.

¹⁹⁵ A título de exemplo, citamos o acordo de Alberto Youssef de colaboração premiada assinado em 24 set. 2014 no âmbito das ações penais 5025687-03.2014.4.04.7000, 5025699-17.2014.4.04.7000, 5026212-82.2014.4.04.7000, 5047229-77.2014.4.04.7000, 5049898-06.2014.4.04.7000, 5035110-84.2014.4.04.7000 e 5035707-53.2014.4.04.7000, perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-youssef.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ali inscrito, que não se pretende prolongar senão para a efetivação da contribuição do colaborador.

O fato de que nenhuma outra denúncia será ofertada a partir da condenação pelo marco da pena máxima acaba por permitir, ainda, a fraude à Lei. Isso porque o não oferecimento de denúncia é benefício cabível apenas àqueles criminosos que não sejam líderes de organização criminosa e que tenham apresentado trama criminosa inédita; o modelo de pena máxima permite que, após certa porção de pena, o benefício da imunidade seja utilizado de forma indiscriminada, conforme apontam Canotilho e Brandão:

É certo que a Lei 12.850/2013 prevê, no § 2º do seu art. 4º, a possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento de denúncia ou do próprio processo. Só que o faz não para viabilizar a impunidade, por via processual, do réu colaborador, mas para favorecer a prestação da colaboração pretendida. De maneira que essas suspensões só são admitidas se e na medida em que estejam a ser cumpridas as medidas de colaboração pactuadas (‘[...] até que sejam cumpridas as medidas de colaboração’). Não se permite, assim, uma suspensão incondicionada como aquela que consta dos Termos de Colaboração Premiada.

Percebe-se aqui um intuito defraudatório do regime que permita uma sobreposição do procedimento através da omissão de denúncia inscrito no § 4º do art. 4º da Lei 12.850/2013. Neste preceito, o legislador permite, na verdade, que o Ministério Público se abstenha de oferecer denúncia contra o colaborador. Mas isso só se ele não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efectiva colaboração. Estamos, pois, perante um caso especial de derrogação do princípio da legalidade da promoção processual, cujo acionamento está naturalmente sujeito a estes apertados pressupostos.¹⁹⁶

Retomando os termos constantes da normativa, lá se vê que a pena máxima estipulada em acordo não precisaria ser cumprida integralmente. Ou seja, a pena máxima acordada se trataria na verdade uma pena ficta, um parâmetro de fachada que não reflete na pena que efetivamente será cumprida. A pena constante da sentença, nesse modelo, não representa medida de culpabilidade, mas mero marco para suspensão do processo – um simulacro de pena.

Em continuidade, além de não se cumprir a pena máxima avistada, tampouco se cumprirá nos regimes previstos em Lei, abrindo-se espaço para os já enunciados regimes

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017.

diferenciados. Como antes dito, os regimes diferenciados empregados em acordos de colaboração tão somente amenizam os regimes expostos na norma penal, surgindo então a expressão “regime fechado domiciliar” e daí por diante quanto aos demais regimes. São diversas as suas nuances avistadas em acordos, no entanto se pode dizer que predomina o cumprimento domiciliar de pena, por vezes conjugado a monitoramento eletrônico.

Nomenclaturas à parte, o colaborador em regime diferenciado não cumpre pena numa penitenciária diferenciada, mas em sua própria residência. Deixando de lado tal pitoresca expressão do duplipensar orwelliano¹⁹⁷, é necessário que as expressões com fundo normativo sejam utilizadas em seu sentido próprio, sob pena de dobrar a Lei à vontade quando não o permitido. Regime fechado é aquele da Lei, e pronto. A Lei 9.613/1995 é a única norma penal que prevê o cumprimento de pena em regime diverso daquele devido, no entanto é expressa quanto a qual deveria ser o regime: aberto ou semiaberto, tal qual previsto no ordenamento.

A toda evidência, a regulamentação avistada na Orientação Conjunta nº 1/2018 vem carregada de um viés legitimador perante acordos de colaboração firmados no curso da Operação Lava Jato. Tal perspectiva pode ser avistada na Orientação Conjunta quando menciona que deve ela instruir acordos futuros, enquanto “as boas práticas desenvolvidas nos acordos anteriormente firmados pelo Ministério Público Federal [...] permanecem inteiramente válidos e eficazes”¹⁹⁸.

Tais acordos, não é demais dizer, têm o potencial de servir de matriz em papel carbono para demais acordos de colaboração firmados por todo o Brasil. A reprodução de modelo não previsto em Lei se mostra potencialmente danosa por permitir incentivo indevido, privilegiando a popularização do instituto da colaboração premiada em detrimento do regime legal.

Aqui cumpre apontar: por mais que a colaboração premiada permita a atenuação de pena, ela não se trata de instituto libertário. Ela é meio de obtenção de provas previsto, ao menos recentemente, na legislação sobre crime organizado, que não teve como objetivo a expansão de horizontes de liberdade, mas o combate a delitos tido como deveras gravosos a

¹⁹⁷ Confira-se a obra Mil Novecentos e Oitenta e Quatro de George Orwell.

¹⁹⁸ Trecho que consta da introdução à Orientação Conjunta nº 1/2018 do Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-/tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2020.

merecer particular mecanismo de persecução. O estímulo desproporcional¹⁹⁹ à colaboração premiada, à margem da Lei, vulnera princípios caros ao ordenamento brasileiro.

3.3.2.2. A reação ao modelo de acordos da Operação Lava Jato cristalizado na Orientação Ministerial

Diversas foram as reações ao quadro de ilegalidades acima exposto. A imprensa não tardou em apontar a generosidade dos benefícios acordados no âmbito da Operação Lava Jato²⁰⁰ e, no âmbito dos processos em curso, coube às defesas dos réus delatados apontar o descompasso dos benefícios concedidos aos colaboradores premiados.

Dentre as mais notáveis tentativas de coibir um modelo ilegal de colaboração premiada se encontra o *Habeas Corpus* nº 127.483/PR, impetrado em favor de um réu delatado que buscava questionar a homologação do acordo de colaboração de Alberto Youssef. Muitas foram as questões abordadas quando do julgamento do *writ*, razão pela qual centraremos no ponto de maior relevo no presente tema, que foi a consolidação do entendimento segundo o qual o acordo de colaboração premiada não pode ser questionado pelos delatados. Abaixo reproduzimos trecho relevante do acórdão do julgamento citado:

Por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do ‘relato da colaboração e seus possíveis

¹⁹⁹ Além de trazer ineficiência ao meio de obtenção de provas: “Portanto, quando se ultrapassam os limites objetivos e de validade das diferentes modalidades de cooperação penal, ampliando enormemente os benefícios oferecidos ao criminoso sem a correspondente elevação dos custos caso sua cooperação se mostre insuficiente, corre-se o risco de que o incentivo à cooperação seja tão elevado (e seu custo tão diminuto) que acabe por gerar o efeito inverso, de colaborações que não trazem informações e indícios verdadeiros, prejudicando, mais do que auxiliando, a parte acusatória” (BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 24, n. 122, ago. 2016. p. 12).

²⁰⁰ Vide, como exemplos, as seguintes reportagens: D’AGOSTINO, Rosanne. Acordo de delação premiada da JBS teve mais benefícios que os outros? Que critérios são usados? Entenda. **G1**, 26 mai. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/acordo-de-delacao-premiada-da-jbs-teve-mais-beneficios-que-os-outros-que-criterios-sao-usados-entenda.ghtml>>. Acesso em: 6 jan. 2020; e SIMAS FILHO, Mário. Os delatores e seus prêmios generosos. Privilégios demais concedidos aos criminosos da Lava Jato podem comprometer a aprovação popular da delação premiada. **Istoé**, 24 jun. 2016. Disponível em: <<https://istoe.com.br/os-delatores-e-seus-premios-generosos/>>. Acesso em: 6 jan. 2020.

resultados' (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). O acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica: *res inter alios acta*.

[...]

Assim, a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas - o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração.²⁰¹

As consequências desse entendimento não são poucas. Se o acordo de colaboração foi homologado, mesmo que indevidamente, não haveria ferramentas jurídicas para coibir o excesso na determinação de benefícios. Mesmo o Supremo Tribunal Federal já se defrontou com hipótese em que a blindagem dos acordos de colaboração premiada pode não aparentar ser benéfica²⁰². Vozes da doutrina chegam então a cogitar a possibilidade de terceiro atingido pela decisão de homologação formular demanda autônoma para controle de validade do acordo²⁰³.

Ora, se o “modelo Lava Jato” de colaboração premiada é benéfico para ambas as partes contratantes, dificilmente haverá recurso às instâncias superiores que permita melhor juízo sobre o regime de premiação. Tanto o colaborador, quanto o órgão de persecução penal celebrante do acordo, tendem a estar satisfeitos com os termos do acordo por eles mesmos formalizado. Se os delatados nada podem fazer sobre eventuais ilegalidades do acordo, a tendência é que elas continuem a existir indefinidamente. Embora não estivessem a comentar o julgado em questão, Canotilho e Nuno Brandão avistam os perigos do que definem como circularidade autopoiética provocada pela colaboração premiada²⁰⁴, chamando atenção para

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 127.483/PR. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, julgado em 27 ago. 2015

²⁰² RODAS, Sérgio. Caso no Paraná mostra inconveniência de blindar delações contra questionamentos. **Consultor Jurídico**, 24 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/parana-mostra-inconveniencia-blindar-delacoes-premiadas>>. Acesso em: 6 jan. 2020.

²⁰³ JR. DIDIER, Fred; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 62**, out./dez. 2016. p. 23/59. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260352/Fredie_Didier_Jr_%26_Daniela_Bomfim.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2020.

²⁰⁴ “A incorporação crescente de pessoas privadas no conhecimento e progressão da investigação (i) contribui, muitas vezes, para a erosão dos princípios de juridicidade materialmente constitutivos da legalidade penal estrita através da flexibilização dos meios de prova a nível processual; (ii) propicia um esquema jurídico em que privados arguidos agridem restritivamente posições jusfundamentais de outros privados, gerando uma

o fato de que o oferecimento de contrapartida legalmente indevida macularia a colaboração premiada, chegando ao extremo de afirmar que a ilegalidade no emprego do meio de obtenção de provas atingiria terceiros:

Tudo que, numa derradeira palavra, deve determinar uma irrestrita proibição de valoração das declarações auto e hetero-incriminatórias produzidas por réus como contrapartida de vantagens penais e processuais penais legalmente indevidas propostas pelo Ministério Público Federal. Ou seja, uma proibição de valoração na esfera processual destes réus e ainda, simultaneamente, na esfera processual das demais pessoas por eles incriminadas nos seus depoimentos delatórios.²⁰⁵

O chamado círculo vicioso também chama a atenção de Felipe da Costa De-Lorenzi, que aponta a “ausência de efetivo controle judicial acerca dos benefícios acordados”²⁰⁶. Daí se vê que a colaboração premiada altera de maneira notável o processo e sua usual evolução, podendo, sim, resultar em indevida invasão da esfera de direitos dos delatados, especialmente quando os benefícios prometidos ao colaborador não encontram cobertura legal.

Dito isso, ventos de mudança se aproximam. Sensível à necessidade de melhor regulamentação da colaboração premiada, o Legislativo veio a promulgar a Lei 13.964/2019, que trouxe consideráveis alterações na redação da Lei do Crime Organizado²⁰⁷, destacando-se a necessidade de que os acordos homologados contenham benefícios com previsão legal:

perigosa mistura de eficácia vertical (das entidades públicas) e de eficácia horizontal (arguidos contra outros arguidos) relativamente a terceiros.

O problema – um problema central da colaboração premiada – é que a investigação e a instrução do processo penal colaborativamente conformado acabam por se transformar num sistema autopoietico que se reproduz a ele próprio tendencialmente à margem dos princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional: separação de poderes, distribuição de competências, observância da legalidade, do princípio da isonomia, criação de privilégios e imunidades desrazoáveis, do princípio da conexão ou conectividade da prova e do crime, obtenção de meios de prova e valoração dos meios de prova” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017. p. 138/139).

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 168.

²⁰⁶ DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 293-337., mai. 2019. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151402>. Acesso em: 5 jan. 2020. p. 325.

²⁰⁷ O diploma ainda é recente e sequer vigente, mas aqui apontamos comentário surgido no mundo jurídico: “Em apertada síntese, nota-se que grande parte das modificações legislativas implementadas pela Lei 13.964, intitulada ‘Pacote Anticrime’, pelo menos no que diz respeito ao instituto da colaboração premiada, nada mais

Art. 4º

[...]

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade;

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; [...].²⁰⁸

A redação de tal cláusula normativa decorreu das atividades do Grupo de Trabalho da Câmara dos Deputados destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019, que justificou a necessidade de alterações legislativas, nesse âmbito, da seguinte maneira:

Embora os projetos analisados não tratem da colaboração premiada, a relação dessa matéria com o objeto das proposições é inegável. Afinal, esse tem sido um instrumento bastante utilizado para a elucidação de práticas delitivas.

Entendemos, todavia, que a matéria merece uma regulamentação legal mais detalhada, tendo em vista que a legislação que rege a temática possui lacunas que demandam urgente correção para que se evitem eventuais abusos.

Ressalte-se que o texto sugerido levou em consideração decisões recentes do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, além da Orientação Conjunta nº 1/2018, do Ministério Público Federal.²⁰⁹

é do que a positivação das várias ponderações feitas pela doutrina brasileira, após a constatação prática de lacunas normativas que punham colaboradores e delatados em situação de fragilidade e insegurança jurídica” (MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. O pacote "anticrime" e seus impactos na colaboração premiada. **Consultor Jurídico**, 29 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 6 jan. 2020).

²⁰⁸ Art. 4º, §7º da Lei 13.964/2019.

²⁰⁹ Relatório Final Grupo de Trabalho – Legislação Penal e Processual Penal, instituído para analisar os Projetos de Lei 10.372/2018, 10.373/2018, e 882/2019 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao->

Aí se vê que o projeto de Lei que veio a ser sancionado levava em consideração a Orientação Conjunta nº 1/2018 do Ministério Público Federal, citando-a expressamente. Conquanto tenha incluído parte das disposições procedimentais ministeriais, o Legislativo repeliu a possibilidade de estipulação de benefícios que não aqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013, destacando sua repulsa à desmedida negociação quanto aos regimes de cumprimento de pena; tal Poder tomou de volta para si a incumbência de dizer como se pode beneficiar o colaborador. Assim o fez se posicionando contrariamente ao modelo da Orientação ministerial que abre espaço à livre pactuação de regimes diferenciados, bem como à livre pactuação sobre a progressão²¹⁰.

A alteração legislativa confirmou o mérito de parte das críticas apresentadas no presente trabalho, muito embora não tenha tratado especificamente de outros tópicos relevantes, a exemplo da pactuação de penas máximas unificadas e do emprego da suspensão como benefício penal. De toda forma, a obrigatória aderência ao rol de benefícios previstos em Lei haveria de desaguar, como consequência natural, no banimento de cláusulas desse cariz que deturpam o modelo de execução de pena previsto no ordenamento.

Cumprindo ainda apontar que a Lei 13.964/2019 não inviabilizará a aplicação da colaboração premiada, muito embora a ampla liberdade de negociação tenha proporcionado um interregno de anos nos quais se negociou acordos de colaboração generosos, mas sem previsão legal. Nesse ponto, antes mesmo da alteração legal, um dos motivos apresentados para a necessidade de concessão de maiores benefícios era a premência de ofertar maiores incentivos aos colaboradores em potencial no contexto brasileiro, como bem expõe Andrey Borges de Mendonça:

O que, em geral, faz com que os acordos no Brasil tenham benefícios aparentemente mais vantajosos e supostamente muito lenientes é a falta de eficiência do sistema punitivo em relação aos criminosos do colarinho branco. Explica-se. Como para esse tipo de criminalidade há grande probabilidade de se lograr uma absolvição, anulação ou, ainda, a prescrição do feito - em especial pela prescrição retroativa e pela demora em ocorrer o trânsito em julgado, com praticamente quatro instâncias recursais -, a

penal-e-processual-penal/documentos/outros-documentos/Relatorio%20Final%20-%20GT%20Penal>.

Acesso em 6 jan. 2020.

²¹⁰ Capítulo IV (Dos benefícios e das cláusulas), item 27, da Orientação Conjunta nº 1/2018 do Ministério Público Federal: “O acordo pode prever, como indicativo para a resposta penal a ser concretizada em sede judicial, além da pena unificada para o montante de fatos e a pena a ser efetivamente cumprida, eventuais penas restritivas de direito, o regime inicial de cumprimento da pena, a progressão de regimes, a suspensão condicional da pena, a suspensão condicional do processo, a suspensão do prazo prescricional e a aplicação dos institutos da remissão e detração. Em caso da previsão de regimes diferenciados, suas regras devem ser detalhadas no acordo”.

alternativa ao acordo (o BATNA, ou seja, o que o colaborador irá alcançar em caso de não fazer o acordo) em geral é uma boa opção e uma boa alternativa para a defesa. Ou seja, se o imputado não fizer o acordo, terá uma grande chance de conseguir a impunidade. Na linguagem negocial, a alternativa ao acordo, o BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*) dos acusados, normalmente, é muito boa, enquanto da acusação, muito ruim. Nesse panorama, a tendência é não se lograr convencer o colaborador e seu advogado a aceitarem restrições muito rigorosas, pois, se assim for, preferirão as vias tradicionais e o processo litigioso, com as diversas possibilidades de impunidade. Por sua vez, muitas vezes os membros do MP, conscientes das falhas e ineficiências do sistema, sabem que, entre um ‘mau acordo’ e uma impunidade futura, melhor a primeira opção. Assim, a gravidade dos benefícios acordados é diretamente proporcional à eficiência do sistema processual.²¹¹

A Lei 12.850/2013 ainda permite a concessão de benesses portentosas, dentre elas se destacando o não-oferecimento de denúncia e o perdão judicial, que se desgarram dos demais benefícios por serem muitíssimo mais favoráveis ao acusado. Há meios para negociação de acordos atrativos e invejáveis no contexto criminal, muito embora o peso díspar dos diferentes benefícios possa impedir que o potencial colaborador e a autoridade apta a celebrar acordo de colaboração cheguem a um meio termo adequado frente às suas expectativas. O problema acaba por ser, então, o encontro de expectativas no âmbito da negociação dos acordos de colaboração premiada.

3.4. Colaboração premiada na execução

A previsão segundo a qual os meios de obtenção de prova da Lei 12.850/2013 seriam cabíveis em “qualquer fase da persecução penal” (art. 3º) poderia induzir à conclusão de que, alcançado o trânsito em julgado de condenação, não mais seria possível a colaboração premiada.

Ocorre que, como já apontamos, a Lei foi orientada para a eficiência da persecução penal dos crimes cometidos por organizações criminosas. O pragmatismo é a regra, independentemente dos critérios regulares de culpabilidade, o que causa críticas à

²¹¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87.

colaboração posterior ao trânsito em julgado – que encontra previsão no ordenamento pátrio. Sob desagrado de alguns juristas, como Carvalho e Ávila que afirmam: “É altamente criticável introduzir hipóteses de comportamento pós-delitivo calcadas em considerações exclusivamente utilitárias, relacionadas com sua funcionalidade para o sistema social”²¹².

De toda forma, quando a norma se refere à “persecução penal”, está a mirar na obtenção de provas para qualquer investigação ou processo criminal, não importando o fato de que a persecução penal quanto ao candidato a colaborador já tenha se encerrado. O dogma de eficiência que orienta a Lei é reforçado, ainda, pela possibilidade de colaborações premiadas para a prevenção de infrações penais futuras (art. 4º, *caput*, III), ou seja, investigações projetadas e incertas.

O permissivo à delação posterior ao trânsito em julgado se vê no §5º do art. 4º, o qual estipula que “[s]e a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”. Conquanto não haja menção ao trânsito em julgado²¹³, a voluntariedade dos recursos faz ver a possibilidade legal de que o acordo de colaboração se realize após sentença transitada em julgado, com benefícios reduzidos. Outrossim, a possibilidade de perdão judicial “a qualquer tempo” (art. 4º, §2º) reforça a possibilidade de que os benefícios da colaboração premiada incidam mesmo no curso da execução.

Nesse diapasão, é de se reconhecer que a Lei 12.850/2013 não foi inovadora quanto ao cabimento da colaboração premiada na execução. Isso porque a Lei 9.613/1998 já ditava que o juiz poderia deixar de aplicar pena ou substituí-la, “a qualquer tempo”, por pena restritiva de direito.

Daqui em diante passamos então a analisar a incidência da colaboração premiada na execução, levando em conta que em tal campo colidem com o direito penitenciário, de natureza administrativa, e o processo de execução jurisdicionalizado²¹⁴.

²¹² CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 153, p. 109-132., mar. 2019. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150400. Acesso em: 5 jan. 2020. p. 127.

²¹³ Embora, em nossos dias, sequer seja unanimemente respeitada a expressão “trânsito em julgado”, mesmo quando inserida em garantia pétrea na Constituição.

²¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 170/171.

3.4.1. A colaboração como incidente

Transitada em julgado a sentença condenatória, não há recurso que possa alterar a pena privativa de liberdade ali determinada. Sua espécie, *quantum* e regime foram definidos após o processo em contraditório, tomando por base a medida de culpabilidade do agente e todas as circunstâncias pertinentes. Cabe ao juízo da execução dar então cumprimento à reprimenda estabelecida, de tal forma que não mais se questiona a pena atribuída no processo de conhecimento²¹⁵.

Resta evidente que a incidência da colaboração premiada no curso da execução será diferente daquela decidida na sentença. Cumpre então investigar qual seria o meio pelo qual seriam concedidos os benefícios do colaborador.

O instrumento da revisão criminal seria uma alternativa que se poderia cogitar visando a alteração benéfica da condenação, ação cabível quando “se descobrirem novas provas de [...] circunstância que determine ou autorize a diminuição especial da pena” (art. 621, III, Código de Processo Penal). A expressão “descobrir” deve ser entendida no sentido de ver revelado²¹⁶, não havendo prejuízo se a prova surgiu após a condenação.

Não cremos seja a revisão criminal, contudo, o meio mais adequado para aplicação de benefícios.

É que, muito embora o cabimento da revisão criminal não possa ser descartado, a existência de coisa julgada não engessa a execução da pena ao ponto em que não possa o magistrado da execução decidir sobre a incidência da colaboração. Há uma série de decisões a serem tomadas no curso da execução da pena, as quais acabam por alterar a configuração inicial da reprimenda constante da sentença; isso não implica em indevida infração à coisa julgada, por ser a execução naturalmente maleável, nas palavras de Salo de Carvalho:

Nem a sentença penal que fixa a quantidade e qualidade de pena, muito menos as demais decisões tomadas pelo juiz no decorrer do processo de

²¹⁵ “[...] a análise da culpabilidade é exclusiva do juiz do processo de conhecimento, a ele cabe a adequação entre fato e pena a ser aplicada, enquanto ao juiz da execução cabe a adequação entre condenado e pena a ser executada” (BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 195).

²¹⁶ Descoberta, portanto, difere do sentido civilista de achamento da coisa alheia (art. 1.233, Código Civil).

execução, vinculam definitivamente as partes (*ius ungit*), podendo ser alteradas, pois altamente maleáveis.²¹⁷

Tais alterações se dão tanto de maneira quantitativa como qualitativa em relação à pena²¹⁸. Dito isso, temos que o incidente executório é regido pelos arts. 195 e 196 da Lei de Execução Penal e deve ser marcado pela sumariedade²¹⁹. Acessoriedade e acidentalidade são os elementos essenciais de todos incidente processual, aspectos que se harmonizam com o instituto da colaboração premiada, por se tratar de um evento anormal do processo penal, ausente na maior parte das penas a serem executadas²²⁰. Antonio Scarance Fernandes assim descreve a questão da autonomia estrutural da qual desfruta o incidente:

A autonomia estrutural do procedimento incidental é que o distingue da fase processual. A fase é ‘caracterizada pela relação de parte ao todo com o procedimento e é elemento integrante deste último; ainda que não seja necessária, se desenvolve sempre progressivamente, segundo uma linha vertical que reporta aos últimos atos de realização da *fattispecie*. Já, em relação ao procedimento acidental, há ‘impossibilidade de inseri-lo na coligação progressiva dos atos que constituem a série procedimental’, ‘constitui uma série nova’.²²¹

A própria Lei de Execuções Penais enumera uma série de decisões de competência do juízo da execução, a título de exemplo, a declaração extintiva de punibilidade, as decisões sobre progressão ou regressão de regime, conversão de pena, bem como quaisquer outros

²¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 175/176.

²¹⁸ “A Reforma de 1984 estabeleceu o controle jurisdicional da execução da pena para efetivação dos direitos dos condenados. A atuação judicial em sede executiva compreende uma dupla tarefa. A primeira, nitidamente voltada à individualização, de análise e decisão sobre as possibilidades de alteração da quantidade (remição, detração e comutação) e da qualidade (progressão e regressão de regime, livramento condicional e conversões) da pena, bem como da análise das hipóteses de sua extinção, pelo cumprimento integral ou em decorrência da incidência de alguma causa de exclusão de punibilidade (prescrição, indulto, *novatio legis* benéfica)” (CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 2015. p. 266).

²¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Incidente processual: questão incidental, procedimento incidental**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991. p. 151. Em relação ao procedimento em questão, pode-se dizer que ele é mesmo bastante singelo, como aponta Beneti (BENETI, Sidnei Agostinho. **O processo de execução penal**. Tese de doutorado sob orientação do Professor Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1994. p. 193/194).

²²⁰ “Tais referências doutrinárias ao incidente como algo que altere o curso processual ou como sendo um acontecimento anormal revelam uma nota essencial da noção de questão incidental. Quando se acentua que ela é uma questão anormal, na realidade a ideia é de que a questão que foge à normalidade do procedimento” (FERNANDES, *op. cit.*, p. 50/51).

²²¹ *Ibid*, p. 89/90.

incidentes da execução. Não à toa, as competências que acima mencionamos são aquelas pertinentes aos benefícios penais da colaboração premiada cabíveis na execução: perdão judicial²²², progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos²²³, substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito²²⁴, redução fracionária da pena²²⁵.

Daí porque se mostra mais adequado que a colaboração premiada incida como incidente executório²²⁶, nos moldes em que diversos outros da espécie são decididos pelo juízo da execução. Gilson Dipp vai nesse sentido ao afirmar que “a delação ou colaboração constitui incidente processual especial (prévio ou propriamente incidental)”²²⁷.

A Lei de Execução Penal reconhece como incidentes de execução as conversões de pena, o excesso ou desvio de execução, a anistia e o indulto, todos eles característicos da peculiar posição de submissão a que se encontra o apenado:

No momento da condenação de uma pessoa ao sistema penitenciário exsurge uma série de direitos e garantias processuais que permitem a diminuição do período de cumprimento da pena e, por óbvio, de permanência no sistema: são os chamados incidentes de execução. Há uma série de direitos primários, exclusivos da condição de apenado, que devem ser respeitados pelo Poder Público, principalmente pelo Judiciário (v.g. remição, progressão de regime, substituição de pena, detração, livramento condicional, comutação, indulto *et coetera*).²²⁸

O leitor talvez note que a redução fracionária da pena não se enquadra com exatidão numa das competências enumeradas do juízo da execução. Certamente, o acordo de colaboração encontra paralelo com o indulto, embora o diploma normativo que institua este último incida comumente de forma direta sobre a aplicação da pena, enquanto a colaboração

²²² Previsto no art. 4º, § 2º, da Lei 12.850/2013, é causa extintiva da punibilidade (art. 107, IX, Código Penal) aplicável a qualquer tempo. Há também na Lei 9.613/98, art. 1º, § 5º, a previsão de que o juiz pode deixar de aplicar a pena, figura bastante semelhante ao perdão judicial por haver reconhecimento da autoria e materialidade.

²²³ Art. 4º, § 5º, Lei 12.850/2013.

²²⁴ Lei 9.613/98, art. 1º, § 5º.

²²⁵ Novamente, art. 4º, § 5º, Lei 12.850/2013.

²²⁶ Nesse sentido, SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração** (delação premiada). 2a ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 177.

²²⁷ DIPP, Gilson. A “**Delação**” ou **Colaboração Premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015. p. 18. Disponível em: <https://www.academia.edu/31651151/A_Delacao_ou_Colaboracao_Premiada_IDP?email_work_card=title>. Acesso em 7 jan. 2020.

²²⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. xxiv.

premiada incide de maneira condicionada à efetividade da contribuição do delator. De qualquer maneira, temos que a inexistência de literal menção à possibilidade de redução fracionária da pena não seria óbice à aplicação pela via do incidente, visto que a doutrina entende que o rol de incidentes previstos na Lei de Execuções Penais pode ser expandido por Lei, sendo que “sua substancialidade abarca uma série de outros institutos, ainda que não agasalhados entre aqueles elencados no Título VII da Lei de Execução Penal”²²⁹:

A LEP estabelece alguns incidentes na execução, a saber: o excesso ou o desvio, a anistia, o indulto e a conversão da pena. Esse rol de incidentes é tecnicamente correto porque todos eles são fatos imprevisíveis que alteram o curso da execução. Ressalte-se, entretanto, que esse rol é meramente exemplificativo, uma vez que outros incidentes são previstos na LEP, visto que a norma prevê outros fatos que alteram significativamente o desenrolar da execução criminal.²³⁰

Lembre-mo-nos que a Lei de Execução Penal se caracterizou pela inserção ímpar de matérias na competência do juízo da execução²³¹. Tudo o que interfira na execução da pena é de sua natural competência.

Dito isso, apesar dessa compreensão expansiva da competência quanto à atribuição de benefícios, avistamos que o alcance do juízo da execução não se expande para a homologação do acordo de colaboração.

O aparente contrassenso tem razão de ser. O inquérito ou processo em que a colaboração beneficiária como meio de obtenção de prova seria o critério determinante para o estabelecimento juízo homologatório. Tônica do presente estudo, reafirmamos aqui que a colaboração premiada fincou raízes profundas no ordenamento pelo advento da Lei 12.850/2013, que delineou todo um procedimento destinado ao meio de obtenção de prova. Desta forma, à moda doutras medidas cautelares, eventual acordo de colaboração premiada

²²⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 339.

²³⁰ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos**. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 57.

²³¹ “A Lei 7.210 jurisdicionizou a execução penal, até então circunscrita aos incidentes da execução (livramento condicional, suspensão condicional da pena) [...] Agora, toda a matéria de execução é suscetível de controle jurisdicional através de procedimento previsto nos artigos 194 a 197” (CASTILHO, Ela Wiecko V. **Controle de legalidade da execução penal** (reflexões em torno da jurisdicionalização). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 97).

deve ser homologado pela autoridade judiciária pertinente ao feito em que incidirão seus efeitos, como expõe Nefi Cordeiro:

Finalmente, a competência para a homologação do acordo é do mesmo juízo competente para o processo. É decisão judicial incidental. Assim ocorre a vinculação desse incidente ao juízo competente para o processo criminal, por fatos obtidos nesse processo.²³²

Nesse sentido, natural seria aplicar a regra segundo a qual o juiz do processo será responsável por decidir sobre os meios de obtenção de prova que careçam de autorização judicial para consecução de medidas invasivas; “a competência para a homologação deve ser deferida ao tribunal que à partida se antevêja como o competente para o julgamento da causa em 1ª instância e assim para a aplicação ao réu das sanções criminais pelos crimes por que vier eventualmente a ser condenado”²³³. Em acréscimo, a jurisprudência tem afirmado que a colaboração premiada “não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência”²³⁴.

Homologado o acordo, dali em diante a competência para atribuição dos benefícios relativos a feitos transitados em julgado passa ao juízo da execução, nesse segundo momento, agindo nos termos do art. 65 da Lei de Execução Penal.

²³² CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 27. Ressalva seja feita à futura aplicação da figura do juiz de garantias.

²³³ A afirmação de Canotilho e Brandão se cerca de peculiaridades quando trata do benefício pós-sentença: “Como se mencionou anteriormente, deve haver uma relação de congruência subjectiva entre o acto de homologação da colaboração premiada e o acto da efectivação dos benefícios prometidos. Isto para assegurar que o Estado possa honrar o compromisso que assumiu com o réu colaborador. A expectativa de que, neste domínio da colaboração premiada, também para o Estado *pacta sunt servanda* ficaria comprometida se aquela relação de congruência fosse quebrada. Por isso, o § 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013 deve ser interpretada no sentido de que a competência para a homologação de um acordo de colaboração premiada relativo à progressão de regime penitenciário pertence exclusivamente ao juiz de execução criminal. Sendo ela, todavia, interpretada no sentido que vai implícito nos acordos de colaboração premiada – isto é, de que a homologação pode caber a outro juiz que não esse – será clara a ofensa ao princípio do juiz natural” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista **Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017).

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Inquérito 4.130/PR. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, julgada em 23 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10190406>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

3.4.2. Execução antecipada da pena privativa de liberdade

Não seria possível prosseguir às especificidades da execução da pena do colaborador sem antes adentrar à temática da execução antecipada da pena. Isso porque foram diversos os acordos de colaboração firmados no curso da Operação Lava Jato nos quais se estipulou o cumprimento antecipado de pena privativa de liberdade. O acordo de colaboração de José Sérgio de Oliveira Machado conta com cláusula explícita quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade antes de qualquer condenação, antes mesmo de qualquer denúncia²³⁵.

Mesmo quando não prevista a execução antecipada em acordo, ela é avistada na prática. Exemplo dos mais notáveis é o do colaborador Ricardo Ribeiro Pessoa, em cuja sentença condenatória o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba reconheceu que o réu vinha cumprindo, nos sete meses anteriores à sua condenação, a pena privativa de liberdade acordada²³⁶. Em maior escala, dezenas dos executivos e ex-executivos da Odebrecht que optaram em conjunto pela colaboração premiada sequer eram alvos de investigações policiais.

Dito isso, sob o olhar histórico, a aplicação da pena antes do término do processo não é algo inovador ou exclusivo do recente contexto jurídico brasileiro. Tampouco é fenômeno reservado à colaboração premiada, como se vê na História. Roma Antiga e Medieval²³⁷ testemunharam a execução antecipada da pena, sucedendo-se então guinada ímpar pelo advento da Revolução Francesa.

Nela veio ao mundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que positivou parte do ideal iluminista de prevalência do ser humano, não mais tratado como inimigo do Estado, mas sim como fonte da própria autoridade sobre a qual se apoiava o Estado. Da declaração, em seu art. 9º, adveio a máxima: “Todo homem deve ser presumido

²³⁵ “Termo de acordo de colaboração premiada” de José Sérgio de Oliveira Machado. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

²³⁶ É o que consta da sentença do processo 5027422-37.2015.4.04.7000, datada de 23 de junho de 2016: “134. Observo que o condenado já ingressou, na prática, desde 16/11/2015 no referido regime, conforme decisão provisória de 16/11/2015 (evento 157 do processo 5031292-90.2015.4.04.7000)”. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/06/senten%C3%A7a_ricardo-pessoa.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2020.

²³⁷ Vide MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Estava aí consagrada a fórmula da presunção de inocência a assegurar a liberdade até que declarada a culpa. O valor adquirido na Revolução Francesa de 1789 a faz encarnar uma verdadeira presunção política em favor da liberdade do indivíduo frente ao Estado, sentido em que Antonio Magalhães Gomes Filho afirma existir uma efetiva carga emocional da expressão²³⁸.

De lá para cá, diversas escolas penais sopesaram a presunção de inocência sob diferentes gramaturas²³⁹. O ordenamento brasileiro somente veio a assegurar a liberdade até o trânsito em julgado na Constituição da República de 1988, no influxo dos tratados internacionais sobre a matéria²⁴⁰. A fórmula normativa inscrita no art. 5º, LVII da Carta Constitucional brasileira acabou por ser semelhante à também adotada pela Itália²⁴¹: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Muito embora houvesse a previsão constitucional, o dispositivo constante do art. 5º, LVII, foi inicialmente tomado como norma meramente programática, pois se verificou “a nítida tendência, já registrada pela doutrina italiana, de interpretar-se a norma constitucional à luz da legislação ordinária preexistente”²⁴².

²³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37.

²³⁹ A chamada Escola Clássica, caracterizava-se pela valoração da inocência como pressuposto da ciência penal (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. *In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 123). A escola do positivismo criminológico, por sua vez, negava aplicação à presunção, acolhendo um direito penal do autor e o método experimental científico no qual o criminoso é presumidamente um doente físico a ser mantido segregado da sociedade. A Escola Técnico-Jurídica veio a seguir, comungando com a Escola Positiva o sobrevalor ao interesse público pela punição, acentuando-se a negação ao processo penal como instrumento de proteção do cidadão. Desse pensamento deriva a ótica da presunção de inocência como um interesse social secundário frente à pretensão punitiva do Estado, viés sob o qual se pregava uma presunção de culpa do acusado assim que aduzida a acusação (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92); esse seria, enfim, o motivo para a antecipação de uma pena esperada. O acusado, sob a ótica de Manzini, nunca poderia ser declarado inocente, mas apenas não ser declarado culpado se insuficiente a prova para a condenação (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 125/155).

²⁴⁰ No âmbito internacional, também, a presunção de inocência foi incluída sob diferentes fórmulas nos tratados e textos internacionais de direito, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969) (GOMES FILHO, 2003, *op. cit.*, p. 124/125).

²⁴¹ Muito embora a Carta de 1988 expanda a garantia a todos, enquanto a Constituição Italiana de 1948 a reservava apenas aos acusados.

²⁴² GOMES FILHO, 1991, *op. cit.*, p. 33. No mesmo sentido: “Malgrado parte da doutrina ter-se posicionado acerca do tema, os Tribunais ainda têm certa timidez na extração das consequências máximas de tal princípio.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. Bauru: EDIPRO, 1999. p. 28).

A execução antecipada da pena privativa de liberdade somente veio a ser afastada em privilégio à presunção de inocência quando do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009. Conforme consta do voto do relator, Min. Eros Grau, decidiu-se à época que “A execução da sentença antes do trânsito em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil”²⁴³. Desta feita, a execução da pena deveria aguardar a tramitação de eventuais recursos especiais às Cortes Superiores.

Nova guinada, contudo, deu-se no ano de 2016 quando o Supremo Tribunal Federal, sob nova configuração de membros, decidiu que:

[...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal²⁴⁴.

Comentando a alteração jurisprudencial, Lenio Streck chegou a afirmar que “estamos com a presunção da inocência suspensa. Liberada, desde então, está a execução provisória”²⁴⁵.

É de destacar que o próprio ordenamento, no curso do septênio entre as alterações normativas, passara a se moldar à concepção lata da presunção de inocência. Foi aí promulgada a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, responsável pela reforma do Código de Processo Penal que estabeleceu um novo modelo de medidas cautelares e de prisão no ordenamento pátrio e, ademais, positivou a interpretação jurisprudencial afirmada no julgamento do HC 84.078/MG, prestigiando a presunção de inocência no curso do processo e tomando a prisão como *ultima ratio*. Outras foram as iniciativas legais que buscaram tratar

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 84.078-7/MG. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, DJe 26.2.2010.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Plenário. Brasília, DF, julgado em: 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=10964246>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

²⁴⁵ STRECK, Lenio. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção de inocência. **Consultor Jurídico**, 11 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 7 jan. 2020

sobre a matéria, a exemplo das chamadas “10 medidas contra a corrupção”²⁴⁶, sem alcançar o sucesso almejado por seus propositores.

Tomando por base a letra do art. 283 do Código de Processo Penal, dois partidos políticos e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propuseram ações declaratórias de constitucionalidade para afirmar constitucional a lei federal que repete os termos da Constituição, em suma, afirmando que o trânsito em julgado é o marco para a execução da pena.

Os ministros que se colocaram a favor da execução logo após o julgamento em segunda instância apresentaram argumentos no sentido de que a expressão “culpado” utilizado pela Constituição não seria unívoca, permitindo um regime diverso para a prisão e para a culpabilidade. Reproduzindo parte do voto do Ministro Roberto Barroso, de modo bastante sucinto, a presunção de inocência seria um princípio suscetível de ponderação frente ao princípio da efetividade mínima do sistema penal, de tal forma que o acerto sobre autoria e materialidade em segunda instância permitiria também a prisão por exigência de ordem pública, para preservação da credibilidade da justiça.

Noutro sentido, dissentiu o Ministro Marco Aurélio, relator das ADCs 43, 44 e 54, afirmando que o princípio da não culpabilidade não comporta gradação na formação da culpa, de tal forma que o dispositivo Constitucional tocante à matéria não comportaria interpretações, por compreender texto claro e preciso no sentido de que o trânsito em julgado é marco para a presunção de inocência. Em semelhante sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski reforçou que a presunção de inocência tal qual avistada na Constituição seria insuscetível de decote, na medida em que constitui cláusula pétrea a assegurar direitos individuais.

A questão da execução antecipada da pena ajustada em acordo de colaboração se insere assim numa moldura maior. Antes de questionar a possibilidade de execução antecipada da pena acordada, deve-se questionar sobre a possibilidade de execução de qualquer pena sob a ordem constitucional. O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a execução antecipada não encontra abrigo na Constituição brasileira. Conquanto ainda não

²⁴⁶ Dentre as propostas legislativas apresentadas, buscava-se abreviar o trânsito em julgado frente a recursos tidos por protelatórios, inserindo no texto constitucional a previsão da execução provisória na pendência dos recursos extraordinário e especial (Conforme consta da p. 33 do documento “Propostas Legislativas”, produzido pelo Ministério Público Federal no âmbito do projeto conhecido como “10 medidas contra a corrupção”. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2020).

tenha sido divulgado o acórdão resultante desse entendimento²⁴⁷, a presunção de inocência retorna a vigorar até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ora, o processo penal se volta à realização do “axioma *nulla culpa sine iudicio*, a assegurar o papel garantidor do processo”²⁴⁸ para a aplicação das penas cominadas em lei. Persistindo a possibilidade de alteração da condenação, a prisão do acusado só poderia ter natureza cautelar. Antes da certeza da culpa, seja pela pendência de questão fática ou legal, não é dado iniciar a execução da pena.

Cumpra aqui apontar a alteração legal avistada na Lei 13.964/2019²⁴⁹, que determina a execução provisória de penas superiores a quinze anos de reclusão. Tal previsão merece questionamento sobre sua constitucionalidade, na medida em que não se adequa ao marco do trânsito em julgado para a superação do juízo de culpa, requisito dado pela Constituição da República (art. 5º, LVII). Trata-se de garantia fundamental que não poderia ser abolida sequer por emenda à Constituição (art. 60, § 4º, IV), quiçá por Lei Ordinária.

Além, agora tratando especificamente sobre a colaboração premiada, a mesma Lei Ordinária supracitada abriu brecha para que seja objeto de acordo a “propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias” (art. 3º-B, §3º da Lei 12.850/2013²⁵⁰). O esquálido dispositivo legal nada diz sobre como se daria esse inédito acordo sobre cautelares, especialmente sobre a força vinculante que mereça perante o magistrado.

Nesse seguimento, temos motivos para acreditar que seguem inalterados os critérios judiciais para imposição de prisão, pois não se cogita sua imposição sem o preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. A propósito, a reforma penal promovida pela Lei 13.964/2019 apenas reforçou a excepcionalidade da prisão preventiva, destacando a necessidade de fatos contemporâneos para decretação de tão gravosa medida e estipulando que “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de

²⁴⁷ Confira-se a divulgação do resultado do julgamento em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>, acesso em 30 nov. 2019.

²⁴⁸ FERNANDES, Og. Constituição, processo e prisão: comentários aos artigos 283 a 310 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: _____ (coord.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

²⁴⁹ Ainda não vigente ao tempo da conclusão do presente trabalho.

²⁵⁰ Nova redação do art. 3º-B, §3º da Lei 12.850/2013 pela Lei 13.964/2019, ainda em *vacatio legis* ao tempo do presente trabalho.

antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”²⁵¹.

Seria temerário cogitar que um colaborador ainda não condenado definitivamente pudesse contratar com Ministério Público ou Delegado de Polícia sobre tema, a fim de que passasse a acumular dias de reprimenda a serem alvo de posterior detração. A sanção penal não pode encarnar mero simulacro de cautelaridade, sob risco de ignorar todo o ordenamento. Apesar disso, já houve oportunidade em que decisão homologatória de acordo de colaboração no âmbito do Supremo Tribunal Federal entendeu não haver impedimento ao cumprimento imediato de pena, mesmo que sob ressalvas:

Por fim, embora nada impeça o imediato cumprimento do acordado por José Sérgio de Oliveira Machado nas cláusulas 1º, 2º e 3a, b, o art. 4º, caput e §§§ 1º, 2º e 11, da Lei 12.850/2013 não deixa margem à dúvida no sentido de constituírem os benefícios acordados, ainda que homologados (HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015), direitos cuja fruição estará condicionada ao crivo do juiz sentenciante, no caso concreto, à luz daqueles parâmetros. Portanto, o cumprimento antecipado do acordado, conquanto possa se mostrar mais conveniente ao colaborador, evidentemente não vincula o juiz sentenciante, nem obstará o exame judicial no devido tempo.²⁵²

Somos da opinião de que pena não funciona como banco de horas e não admite provisão de crédito; apenas no momento da sentença se poderá determinar o seu cumprimento, e somente com o trânsito em julgado ele poderá se iniciar. Não avistamos qualquer razão para diferenciação, nesse espectro, frente ao regime da presunção de inocência e das penas comum a todo o direito penal.

²⁵¹ Nova redação dada ao §2º do art. 313 do Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, ainda em *vacatio legis* ao tempo do presente trabalho.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 6138. Rel. Min. Teori Zavascki. Decisão de Homologação. Brasília, DF, 24 mai. 2016. Disponível em: <<https://estaticog1.globo.com/2016/06/15/PET-6138-Delacao-Sergio-Machado-VOLUME002.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

3.4.3. Execução da pena do colaborador

Pudemos expor no título 3.3.2.1 nossa interpretação segundo a qual os benefícios passíveis de aplicação na colaboração premiada são apenas aqueles previstos em Lei. Assim, a execução da pena do colaborador não se cercaria de maiores dificuldades, em particular porque os dispositivos legais que versam sobre o assunto tratam de figuras legais conhecidas dos aplicadores do direito.

Como consequência desse pressuposto surge a constatação de que a execução da pena do colaborador premiado somente poderia se apartar do regular programa executivo quando incompatível com a posição de delator. Tal incompatibilidade poderia advir tanto da interpretação combinada das normas premiais em sobreposição às regulares disposições pertinentes à execução penal, ou mesmo da condição do colaborador que faria jus a especiais medidas de proteção – novamente, medidas com previsão legal.

Dito isso, novamente, a análise casuística revela a anormal aplicação dos dispositivos da Lei de Execução Penal. Analisamos anteriormente o modelo de colaboração premiada aplicado pela Operação Lava Jato, no qual não se prevê redução percentual da pena, mas são estipuladas penas máximas as quais, assim que alcançadas, deságuam na suspensão dos processos e investigações voltados à condenação do colaborador. Tais penas máximas constituem pena ficta estipulada pelo Ministério Público, com concordância do colaborador, que não será integralmente cumprida, pois estabelecido modelo alternativo de execução de pena pautado pelos chamados regimes diferenciados. Diversos acordos de colaboração nesse âmbito comungam de cláusula segundo a qual os benefícios da execução penal devem ser calculados com base na pena máxima ficta, e não na pena efetivamente cumprida:

Os benefícios previstos na legislação penal e de execução penal, tais como remição de pena (seja pelo trabalho, frequência escolar ou estudo), saída temporária, anistia e indulto terão como base a pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos, nos termos da letra ‘a’ da presente cláusula²⁵³.

²⁵³ Acordo de colaboração premiada firmado entre Eduardo Costa Vaz Musa e o Ministério Público Federal, em set. 2015, no âmbito da Ação Penal 5050568-73.2016.4.04.7000, Justiça Federal do Paraná.

Tal dispositivo acaba por retirar a aplicabilidade original dos diversos benefícios característicos da execução penal, especialmente porque o colaborador já se beneficiaria de regime de pena mais generoso e, por vezes, já se encontraria em liberdade quando viessem a se tornar aplicáveis os benefícios da execução penal que requerem o cumprimento de determinada fração de pena – a exemplo da saída temporária, indulto etc. Reforça-se, assim, um modelo de execução penal apartado das prisões e das regras amplamente aplicáveis a condenados pela justiça.

Buscaremos adiante abordar as peculiaridades dos acordos de colaboração analisados que denotam maior relevo para execução penal, segundo as premissas apontadas acima. Boa porção dessa temática já foi abordada indiretamente noutros tópicos, a exemplo da menção à peculiar soma e unificação de penas pela determinação da pena máxima ficta em acordos de colaboração da Operação Lava Jato; evitaremos aqui repetições desnecessárias, preferindo abordar os institutos mais relevantes no contexto da colaboração premiada.

3.4.3.1. Sistema progressivo

Antes de nos aprofundarmos em disposições extravagantes, abordaremos o benefício aplicável ao colaborador que efetivamente encontra previsão legal: a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

3.4.3.1.1. Progressão

A progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos é um dos benefícios da Lei 12.850/2013 cabíveis quando já proferida sentença (art. 4, § 5º). Conquanto a lógica do prêmio penal indicasse que, após sentença, os benefícios ao colaborador deveriam ser menos generosos, trata-se este de um benefício vultoso.

Afinal, dentre os requisitos objetivos se encontra o cumprimento de fração de pena no regime anterior, costumeiramente, um sexto²⁵⁴ (art. 112, Lei de Execução Penal), fração que será alterada pelo advento da Lei nº 13.964/2019, que cria uma série de porcentagens a serem aplicadas em situações específicas, de acordo com a reincidência, existência de violência ou grave ameaça à pessoa, condenação por crime hediondo ou equiparado etc²⁵⁵. Nessa sequência, necessário apontar que, em se tratando de crimes hediondos, o benefício é deveras generoso, pois a progressão seria alcançada sem que fosse preciso cumprir grande porção da pena, cujo regime inicial corriqueiramente seria o fechado.

Não se pode ignorar, ainda, que o Código Penal estipula um requisito objetivo adicional para a progressão de regime nos crimes contra a administração pública; ignorá-lo seria algo deveras favorável ao réu:

Art. 33 [...]

§ 4o O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)²⁵⁶.

²⁵⁴ Ao tempo do presente trabalho, ainda não foi sancionado o projeto aprovado pelo Legislativo (PL 6.341/2019 do Senado Federal) que altera fração necessária para progressão de pena.

²⁵⁵ “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminoso estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional”. Art. 112 da Lei de Execução Penal (7.210/1984).

²⁵⁶ Art. 33 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940).

O órgão de persecução penal deve então levar em conta que essa espécie de benefício trará um desincentivo à reparação ao Estado.

Mesmo na vigência de acordo de colaboração, persiste a exigência de que o preso ostente bom comportamento carcerário. Como é sabido, o exame criminológico deixou de ser obrigatório para a progressão de regime desde a promulgação da Lei 10.792/2003 que revogou o parágrafo único do art. 112 da Lei de Execução Penal.

Apesar disso, reconhece-se que o magistrado pode determinar sua realização “em situações necessárias”²⁵⁷, mas só o fará quando existir motivada premência. Eventual exigência do exame deve, segundo a jurisprudência, fundar-se em “fatos ocorridos no curso da própria execução penal”²⁵⁸, refletindo o mérito do preso independentemente do tipo pelo qual foi condenado. Essa a lógica do sistema progressivo adotado pelo ordenamento pátrio²⁵⁹ (art. 33, § 2º, Código Penal).

Dito isso, um dos primeiros acordos de colaboração da Operação Lava Jato, aquele de Paulo Roberto Costa²⁶⁰, previa o benefício de progressão de regime mesmo na ausência dos requisitos objetivos. Previa-o antes mesmo de sentença²⁶¹, o que sequer seria permitido dados os requisitos legais para o benefício. Muito embora o acordo não nomeie o benefício em questão, a evolução da reprimenda corpórea a ser aplicada ao colaborador deixa às claras: cumpre-se um ano de prisão domiciliar (espécie de regime fechado diferenciado), após, de zero a dois anos de pena em regime semiaberto e, ao fim, o restante da pena em regime aberto. Fosse aplicável a pena de 20 anos – a pena máxima fictícia acordada – e a progressão ao regime semiaberto somente deveria ocorrer após o cumprimento de pouco mais de três

²⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**, parte geral vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 657.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 469.233/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe 10.12.2018.

²⁵⁹ Modelo que tem suas origens no sistema progressivo inglês, irlandês, bem como no aplicado em Genebra no século 19 (BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52. ROSA, Paula Nunes Mamede. **A função ressocializadora da pena e o poder judiciário**: encarceramento em massa e responsabilidade estatal. Dissertação de mestrado sob orientação da Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017. p. 65/66).

²⁶⁰ Acordo de colaboração premiada assinado em 27 ago. 2014 no âmbito das ações penais 5025676-71.2014.4.04.7000 e 5026212-82.2014.4.04.7000, perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

²⁶¹ Conquanto denúncias tenham sido ofertadas contra Paulo Roberto Costa antes de seu acordo de colaboração (assinado em 27.8.2014), nenhuma delas alcançara condenação (conforme noticiado na imprensa e confirmado pela consulta ao processo digital junto à Justiça Federal do Paraná. Condenados da Lava Jato. **G1**, atualizado em 7 jan. 2019. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/lava-jato/condenados-da-lava-jato/?_ga=2.167231933.244629261.1575573483-1351913353.1560464613>. Acesso em: 4 dez. 2019).

anos (um sexto) de pena; mas, nos termos do acordo, nesse momento o colaborador já estaria há alguns meses a cumprir pena já em regime aberto.

A aplicação do benefício mesmo quando incabível se repete noutros acordos de colaboração, a exemplo do acordo de Alberto Youssef²⁶². Pode-se dizer que a aplicação camuflada desse benefício é consequência direta da praxe dos acordos da Operação Lava Jato de pactuar uma pena máxima ficta, a qual não será de todo cumprida mas, na porção que o será, o regime seria diferenciado, materializando-se cumprimento domiciliar da pena corpórea; nesse sistema, pouco importam as frações de progressão constantes da Lei.

Já pudemos apontar que tais cláusulas não encontram abrigo legal, dado o predomínio da natureza cogente do regime de execução penal e aqui avistamos os efeitos em cascata decorrentes da deturpação do modelo de determinação de penas. A progressividade da pena, por vezes, acaba sendo levada em conta apenas nos limites em que não comprometa uma livre – muito embora não prevista em Lei – pactuação entre as partes.

Consequência disso é que o modelo negocial, na prática, acaba por alterar consideravelmente o instituto da progressão. Há colaborações como a de Ricardo Pessoa em que se estabeleceu que a “progressão se dará mediante comunicação ao juízo competente, dispensada a prática de quaisquer outros atos”²⁶³. Nesses moldes, o trato faz com que o controle sobre a progressão de regime saia da esfera da judicialidade, muito embora a Lei de Execução estabeleça o tema como competência do magistrado (art. 66, II, b). Extrapola-se, ainda, a previsão segundo a qual somente os requisitos objetivos poderiam ser deixados de lado; aqui, o negócio jurídico fez com que a progressão se desse à margem de qualquer avaliação subjetiva – ou seja, à margem de qualquer limitação.

Para coibir tais excessos presentes em acordos de colaboração premiada, a Lei 13.964/2019 alterou a Lei das Organizações Criminosas para reconhecer como nulas as cláusulas de acordos que venham a violar “os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo”²⁶⁴. Não eram todos os acordos de colaboração, contudo,

²⁶² As denúncias da Operação Lava Jato se iniciaram em dezembro de 2014, enquanto o colaborador assinou o acordo no âmbito da Operação Lava Jato em setembro daquele mesmo ano; o benefício foi assim pactuado antes de qualquer sentença, tendo o colaborador cumprido cerca de 3 anos no regime inicial (Cf.: NUNES, Samuel. Alberto Youssef passa para o regime aberto no aniversário da Lava Jato: Doleiro foi alvo da primeira fase da operação fez acordo com a Justiça. Ele foi um dos primeiros delatores da Lava Jato. **G1**, 17 mar. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2017/03/youssef-retira-tornozoleira-e-ganha-liberdade-no-aniversario-da-lava-jato.html>>. Acesso em 4 dez. 2019).

²⁶³ Acordo de colaboração premiada assinado em 13 mai. 2015 no âmbito das ações penais 5083258-29.2014.4.04.7000 e 5083401-18.2014.4.04.7000, perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/12/RPESSOA-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

²⁶⁴ A norma ainda se encontra em período de *vacatio legis* ao tempo do presente trabalho.

que desbordavam a letra da Lei; temos no acordo de colaboração de Antonio Palocci firmado com a Polícia Federal do Paraná exemplo de correção na previsão do benefício da progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos²⁶⁵. Independentemente de qualquer juízo sobre a veracidade das contribuições do colaborador, a cláusula em questão atende aos termos da Lei 12.850/2013, deixando claro que caberá ao Judiciário avaliar se aplicável a progressão ou o benefício da redução fracionária de pena a depender da eficácia da colaboração.

3.4.3.1.2. Regressão

Além da progressão, temos que a regressão de regime também tem sido alvo de negociação. O acordo de colaboração de Paulo Roberto Costa, a título de exemplo, dispõe que o regime de pena será “regredido para o regime fechado ou semiaberto”²⁶⁶ do Código Penal se descumprido o acordo. Dito isso, episódios de regressão de regime do colaborador não são comuns, mas ao menos um pode ser avistado na prática, após repercussão na imprensa.

O colaborador premiado Eduardo Hermelino Leite cumpria pena em regime semiaberto diferenciado e, conjuntamente, prestava serviços à comunidade²⁶⁷. O colaborador teria então passado a não comparecer regularmente à instituição designada para o cumprimento da restritiva de direitos, bem como teria apresentado relatório mensal em que inseridas informações falsas, facilmente constatáveis pelos registros do monitoramento eletrônico a que também estava ele submetido.

O juízo da execução considerou que o colaborador havia cometido falta grave e, preservando de certa forma o espírito do acordo firmado com o Ministério Público Federal, aplicou como sanção a regressão ao regime fechado diferenciado previsto no acordo de colaboração. A par do problema da taxatividade e legalidade da disciplina e das sanções no

²⁶⁵ Acordo de colaboração premiada assinado em 21 mar. 2018 no âmbito do processo nº 5016846-28.2018.4.04.0000/RS, perante a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

²⁶⁶ Acordo de colaboração premiada assinado em 27 ago. 2014 no âmbito das ações penais 5025676-71.2014.4.04.7000 e 5026212-82.2014.4.04.7000, perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

²⁶⁷ O que não tem sido considerado forma vedada de cumprimento de pena, vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.728.864/MG. Rel. Min. Jorge Mussi. Brasília, DF. DJe 25 mai. 2018.

curso da execução penal²⁶⁸, aqui a abertura à interpretação acabou por ser utilizada em favor do colaborador, constatando-se que a magistrada aplicou critérios um tanto arbitrários para estabelecer que a pena a ser cumprida no regime mais gravoso, em razão da sanção, teria duração de doze meses, fração que não alcança o marco de um sexto da pena costumeiramente exigido para a progressão²⁶⁹; o provimento judicial muito se aproxima de um juízo de equidade incomum na esfera penal.

3.4.3.1.3. Livramento condicional

Última etapa do sistema progressivo²⁷⁰, o livramento condicional tem sido costumeiramente abordado em acordos de colaboração sob a cláusula já citada segundo a qual os benefícios previstos na legislação penal “terão como base a pena privativa de liberdade unificada”²⁷¹, nome dado à pena ficta estipulada em acordo de colaboração premiada no âmbito da Operação Lava Jato.

Há acordos que tacitamente afastam a aplicação do livramento condicional, a exemplo do acordo de José Sérgio Machado²⁷², que prevê o encerramento do cumprimento de pena ainda no “regime semi-aberto diferenciado”, prescindindo do regime aberto e do livramento condicional. Tal fenômeno é consequência do regime de ampla discricionariedade na negociação do acordo de colaboração, prescindindo da regular forma progressiva de cumprimento da pena.

Outros acordos, a exemplo daquele de Ricardo Pessoa, acabam por incluir o livramento como última fase do regime progressivo, remetendo simplesmente à norma do art. 83 do Código Penal – mas essa não é aplicada por completo. No caso desse colaborador,

²⁶⁸ Nesse tema citamos: “O cometimento de faltas graves, rompendo com os deveres de ‘boa conduta’ impostos pela lei, implica, necessariamente, sanções. As sanções administrativas cabíveis são o isolamento, a suspensão ou restrição de direitos (art. 53, III e IV c/c art. 57, parágrafo único, da LEP) e a regressão de regime (art. 118, LEP). Um dos indícios mais notórios do rompimento com o regime de legalidade (taxatividade) é a carência de distinção entre faltas tentadas e consumadas (art. 49, parágrafo único, LEP)” (CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 228).

²⁶⁹ Cf.: Processo nº 5011555-67.2016.4.04.7000 da 12ª Vara Federal de Curitiba/PR (evento 207).

²⁷⁰ Destaque-se que os requisitos para o livramento condicional foram recentemente alterados pela Lei 13.964/2019, cuja vigência se dará no ano de 2020.

²⁷¹ Acordos de colaboração de Alberto Youssef.

²⁷² Acordo de colaboração premiada assinado em 11 fev. 2016 no bojo dos Inquéritos 4215/DF e 3989/DF, todos perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/03/308950183.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

a pena máxima ficta estipulada em acordo seria de dezoito anos, enquanto o momento do livramento condicional da pena chegaria após o cumprimento de pena em regimes diferenciados, por no mínimo três anos e, no máximo, cinco anos. Daí se vê que o art. 83 do Código Penal aparentemente aplicado pela cláusula contratual não incide em sua inteireza, ignorado logo o primeiro inciso da norma, pois o livramento condicional de pena somente poderia ocorrer, nos termos da Lei, após o cumprimento de ao menos um terço da pena (nesse caso, obedecida a Lei, haveria de ser anteriormente cumprido ao menos seis anos de pena).

3.4.3.2. Detração

A detração de pena vem definida no art. 42 do Código Penal, buscando coibir o excesso no cumprimento de pena através do cômputo da restrição de liberdade já imposta ao condenado. Citando Alamiro Salvador Netto, “identifica-se com o abatimento de um período de privação anterior à condenação definitiva, sem o que o ‘Estado estaria abusando de seu poder-dever de punir e excedendo-se no prazo de restrição da liberdade’”²⁷³.

O acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa chama atenção nessa temática por vedar a aplicação da detração quanto ao período de prisão preventiva²⁷⁴. Seja qual tenha sido o tempo de detenção cautelar, Ministério Público Federal e colaborador acordaram não olhar para trás, passando por cima do direito do condenado de ver descontada a reprimenda cumprida. Há motivos para acreditar que o acordo em questão beneficiou o colaborador de maneira marcante²⁷⁵, mas esse não poderia ser motivo para compensações em se tratando de direito penal.

Interessante abordagem no que toca ao instituto seria a possibilidade de detração do período em que o condenado tenha cumprido outras medidas restritivas cautelares diversas da prisão, a exemplo do recolhimento domiciliar e monitoramento eletrônico. Camile Eltz de Lima bem expôs a questão em artigo sobre o tema:

²⁷³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 223.

²⁷⁴ Cláusula 5ª, I, a do acordo de colaboração firmado com Paulo Roberto Costa: “prisão domiciliar pelo prazo de 1 (um) ano, com tornozeleira eletrônica ou equipamento similar, na medida da efetividade da colaboração e nos termos dos parágrafos deste artigo, sem detração do prazo de prisão preventiva cumprido”.

²⁷⁵ Nele chegou a ser inserido o benefício da imunidade, mesmo que o próprio acordo tenha reconhecido seu papel de líder de organização criminosa.

A questão é pertinente e atualíssima, na medida em que, em um dos casos de maior repercussão no país – Operação Lava Jato e suas dezenas de fases deflagradas –, há noticiada alteração no quadro das cautelares alternativas decretadas quando impostas sentenças condenatórias, especificamente, a supressão da medida de recolhimento domiciliar com tornozeleira eletrônica, pois ‘tem ela o efeito colateral negativo de propiciar a futura detração da pena e a manutenção do recolhimento domiciliar por período recursal ainda incerto pode levar na prática a que o condenado cumpra toda a pena privativa de liberdade em recolhimento domiciliar’.²⁷⁶

A autora apresenta interessante paralelo entre a prisão cumprida em regime aberto e o cumprimento de cautelares da espécie, concluindo pela possibilidade de detração. A digressão acima realizada tem relevância para a pena privativa de liberdade cumprida pelo colaborador na medida em que há episódios diversos de investigados presos cautelarmente no âmbito da Operação Lava Jato que foram colocados em prisão domiciliar após a assinatura de acordo de colaboração²⁷⁷. Tal espécie de constrição à liberdade do colaborador faz jus a futuro decote através da figura da detração, muito embora a determinação de cumprimento de penas previamente quantificadas em acordo de colaboração tenha trazido brumas à aplicação do instituto.

3.4.3.3. Remição

A remição de pena é benefício concedido ao condenado que cumpre pena em regime fechado, semiaberto ou se encontra em prisão cautelar, que exerce trabalho ou estuda, permitindo que o tempo investido em tais atividades sejam contabilizadas como bônus visando o cumprimento da totalidade da pena corpórea. Por vezes, acordos de colaboração acabam por buscar diminuir a aplicabilidade do instituto pela previsão de que a remição

²⁷⁶ LIMA, Camile Eltz de. O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 17-18., jun. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129495. Acesso em: 23 dez. 2019.

²⁷⁷ Cf. notícias veiculadas na imprensa (Delator da Lava Jato vai cumprir prisão domiciliar com monitoramento. **Metrópoles**. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/justica/delator-da-lava-jato-vai-cumprir-prisao-domiciliar-com-monitoramento/amp>>. Acesso em 7 jan. 2020 e FALCÃO, Jaquelina; CARVALHO, Cleide. Amigo de Dirceu que se tornou delator na Lava-Jato deixa prisão. **O Globo**, n. 30038, 03/11/2015. País, p. 4. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516756/noticia.html?sequence=1>>. Acesso em 7 jan. 2020).

levaria em conta a pena máxima unificada, pena ficta prevista em acordo de colaboração da Operação Lava Jato.

Nesse ponto, chama a atenção o acordo de colaboração de Lúcio Bolonha Funaro (Pet. 7210 STF), cuja cláusula de estipulação de pena conta com a determinação de que o colaborador realizará seis anos de estudos em cursos definidos em conjunto com o Ministério Público Federal e, além, pelos próximos trinta anos “ficará obrigado a cooperar ativamente com a produção de estudos, análises, atividades de assessoria e cooperação e outros serviços de apoio em favor do Ministério Público Federal e da Polícia Federal”²⁷⁸.

Trata-se de dispositivo que inverte por completo a abordagem dada pela Lei de Execução Penal ao estudo e ao trabalho - atenuação de pena -, estipulando carga de estudos e prestação de serviços como verdadeiras penas separadas a serem cumpridas por períodos pré-determinados, um deles equivalente ao termo de cumprimento máximo de pena privativa de liberdade previsto atualmente²⁷⁹ em Lei – trinta anos.

3.4.3.4. Autorizações de saída

A Lei de Execução Penal prevê duas hipóteses nas quais o preso pode excepcionalmente se ausentar da instituição prisional em que se encontra.

A primeira delas, a permissão de saída, tem finalidade humanitária²⁸⁰ e é aplicável aos encarcerado em regime fechado ou semiaberto quando grave doença lhe acometer, bem como recair sobre seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão; é cabível ainda quando do falecimento desses últimos.

A segunda das hipóteses se trata da saída temporária, voltada aos condenados em regime semiaberto para que possam visitar família, frequentar cursos e participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Deve ser autorizada por ato motivado do magistrado, tendo como requisitos o bom comportamento, cumprimento de ao menos um sexto de pena e, no geral, a compatibilidade do benefício ao caso concreto,

²⁷⁸ Acordo de colaboração assinado em 21 ago. 2017 perante a 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2017/10/Termo-de-Acordo-Lu%CC%81cio-Funaro.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

²⁷⁹ Ao tempo do presente trabalho, ainda não foi sancionado o Projeto aprovado pelo legislativo que altera o máximo da pena privativa de liberdade para quarenta anos.

²⁸⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, p. 230.

podendo ser concedida mediante monitoração eletrônica (art. 122 e seguintes da Lei de Execução Penal).

Nenhum diploma premial trata sobre autorizações de saída. Mesmo assim, alguns acordos de colaboração avistados na prática acabam por tratar sobre a matéria, aí se avistando, por vezes, cláusula segundo a qual o benefício da saída temporária deva levar em conta a pena máxima ficta típica dos acordos no âmbito da Operação Lava Jato.

Há, contudo, pontos fora da reta. Chama atenção o acordo de colaboração premiada de Nestor Cuñat Cerveró, que dispõe que o colaborador poderá realizar duas saídas temporárias ainda quando preso em regime fechado, uma delas com a dilatada duração de dez dias por ocasião das festividades de final de ano (entre os dias 23 de dezembro e 2 de janeiro)²⁸¹. Conquanto a finalidade de tal saída temporária seja aparentemente prevista em lei (imagina-se, na forma de visita a familiares), muitas outras disposições normativas acabam violadas pela cláusula: o benefício deveria ser reservado a presos em regime semiaberto, com limite de sete dias de duração (art. 124 da Lei de Execução Penal), além de ser necessária decisão judicial.

Com certa semelhança, o acordo de colaboração de José Sérgio Machado também prevê diversas saídas temporárias ainda em regime fechado, extrapolando o limite de quatro saídas ao ano, bem como o intervalo de quarenta e cinco dias entre sucessivas saídas²⁸² (art. 124, *caput* e § 3º, da Lei de Execução Penal). Repisando o quanto temos afirmado no curso do presente trabalho, tal benefício não encontra previsão normativa e sequer poderia ser alvo de negociação.

3.4.3.5. Anistia, graça e indulto

Anistia, graça e indulto são causas extintivas de punibilidade, sendo que a primeira é privativa do Congresso Nacional, enquanto as duas últimas são ato privativo de presidente

²⁸¹ Acordo de colaboração premiada assinado em 18 nov. 2015 no âmbito das ações penais 5083838-59.2014.4.04.7000/PR e 5007326-98.2015.4.04.7000/PR e no Inquérito Policial 5015255-85.2015.4.04.7000, perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/06/Cerver%C3%B3-vol-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

²⁸² Acordo de colaboração premiada assinado em 11 fev. 2016 no bojo dos Inquéritos 4215/DF e 3989/DF, todos perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/03/308950183.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

da República, diferenciando-se na medida em que a graça seria um indulto individual²⁸³. Nenhuma das figuras foi alvo de diferenciado tratamento em normas premiaias, razão pela qual, *prima facie*, não avistamos possibilidade de alteração de seu regime legal.

Deparando-se com a hipótese de aplicação dos institutos, seja por apontamento ou de ofício, deve o juízo da execução declarar extinta a punibilidade (art. 187 da Lei de Execução Penal), conquanto haja quem afirme a necessidade de realização prévia de exame criminológico para o indulto²⁸⁴.

Dada a recorrência de decretos presidenciais natalinos, o indulto constitui ponto relevante para que nos estendamos um tanto mais no tema. Recente discussão sobre o instituto foi travada no Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874/DF por meio da qual a Procuradoria-Geral da República questionava a constitucionalidade do decreto presidencial de indulto promulgado em dezembro de 2017, que permitia o indulto mesmo em crime de corrupção e lavagem de dinheiro.

A ação foi julgada em maio de 2019 e o voto do relator para o acórdão, Min. Alexandre de Moraes, expôs que o indulto se trata de um dos meios pelos quais o poder Executivo exerce controle sobre a atuação do Judiciário, representação do conhecido sistema de freios e contrapesos que limitam os Poderes da República. Tratar-se-ia então de ato de clemência constitucional que, muito embora não constitua ato imune de controle, tem sua discricionariedade limitada tão somente pela Constituição, a exemplo do art. 5º, XLIII, que obsta aplicação em relação aos crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo.

Reeditar o decreto de indulto não caberia então ao Judiciário, não podendo ele limitar o indulto para impedir a aplicação a crimes como a corrupção e lavagem de dinheiro. A arguta fundamentação refuta todos os fundamentos apontados e afirma a constitucionalidade do indulto, com menção a diversos descompassos do pedido ministerial. Ao rebater a alegação de inconstitucionalidade quanto ao momento da concessão do indulto, aponta o Ministro que:

[...] estranha interpretação seria aquela que permitisse ao Ministério Público afastar a punibilidade penal, por meio de delação premiada, antes de qualquer condenação criminal [...] e proibisse o Presidente da

²⁸³ PRADO, Luiz Regis. HAMMERSCHMIDT, Denise. MARANHÃO, Douglas Bonaldi. COIMBRA, Mário. **Direito de execução penal**. 3a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 269.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 161.

República, com base em competência expressa, histórica e tradicional do constitucionalismo brasileiro, de aplicar o indulto *ab initio*²⁸⁵.

Nos limites do julgado supracitado, não avistaríamos ilegalidade em indulto presidencial que dispusesse, a título de exemplo, sobre a comutação²⁸⁶ ou indulto específicos a colaboradores premiados²⁸⁷; ou mesmo, decreto que negasse a aplicação do instituto aos colaboradores, em razão destes já terem sido alvo de benefício específico negociado com os órgãos de persecução penal.

Tornando os olhos à praxe, apontamos anteriormente que diversos acordos de colaboração contam com cláusulas indicando que o benefício do indulto seguiria regras próprias, devendo tomar por base a pena máxima ficta estipulada em acordo, e não a pena efetivamente cumprida.

Na execução da pena de um colaborador premiado em específico, Eduardo Hermelino Leite²⁸⁸, o indulto chegou a ser negado; trata-se, todavia, de um caso excepcional na medida em que o motivo para a negativa foi o cometimento de falta grave. Conquanto seja sigilosa parte dos processos em que tramitam a execução penal de colaboradores, tem-se conhecimento de que diversos colaboradores foram beneficiados pelo indulto mesmo quando presente em seu acordo cláusula segundo a qual qualquer benefício penal deveria tomar como base a pena máxima ficta, a exemplo de Mário Frederico Mendonça Goes²⁸⁹, Nelma Kodama²⁹⁰ e Dalton dos Santos Avancini²⁹¹.

²⁸⁵ Voto disponível para consulta no sítio eletrônico do Consultor Jurídico (Conjur). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/leia-voto-ministro-alexandre-moraes-indulto>>. Acesso em: 4 dez. 2019.

²⁸⁶ Indulto parcial.

²⁸⁷ Tal especificidade na determinação de uma classe alvo do indulto não chegaria sem críticas, como avistado no indulto de dezembro de 2019 (Cf.: RODAS, Sérgio. Bolsonaro viola Constituição ao dar indulto por crime culposos só para policiais. **Consultor Jurídico**, 24 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/bolsonaro-viola-constituicao-dar-indulto-policiais>>. Acesso em: 27 dez. 2019).

²⁸⁸ Cf.: MARTINES, Fernando. Juíza nega indulto para ex-executivo que não prestou serviço comunitário. **Consultor Jurídico**, 26 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/juiza-nega-indulto-ex-executivo-nao-prestou-servico-comunitario>>. Acesso em 4 dez. 2019.

²⁸⁹ Cf.: VALENTE, Fernanda. Juíza de Curitiba concede indulto a empresário condenado na "lava jato". **Consultor Jurídico**, 9 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-09/juiza-concede-indulto-empresario-condenado-lava-jato>>. Acesso em: 4 dez. 2019.

²⁹⁰ Cf.: VALENTE, Fernanda. Com base em indulto, juiz extingue pena de doleira Nelma Kodama. **Consultor Jurídico**, 6 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-06/base-indulto-juiz-extingue-pena-doleira-nelma-kodama>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

²⁹¹ Cf.: ORTEGA, Pepita. Delator da Camargo Corrêa na Lava Jato ganha indulto: Dalton dos Santos Avancini, ex-diretor-presidente da empreiteira que fechou acordo de colaboração com o Ministério Público Federal recebeu benefício da juíza Carolina Lebbos com base no Decreto do ex-presidente Temer. **O Estado de São**

Disso se vê que cláusulas limitadoras ao instituto podem criar dificuldades para o preenchimento dos requisitos para o indulto, mas não constituem óbice absoluto. Muito embora, repita-se, inexista previsão legal, a estipulação de pena máxima ficta pode tardar a aplicação da indulgência soberana, mas não a evita por completo.

3.5. Lei 12.850/2013: criação de um novo modelo de justiça penal?

Ao fim, vemos que a colaboração premiada da Lei 12.850/2013 criou um sistema de benefícios legais abertos à negociação, permitindo que os agentes da persecução penal ofereçam contrapartidas consideráveis aos sujeitos que queiram se voltar contra a organização criminosa a que pertencem.

É certo que as leis de lavagem (9.613/98) e de proteção de testemunhas (9.807/99) anteriormente expandiram o rol de benefícios da delação premiada além da tradicional redução de até dois terços de pena privativa de liberdade, benefício consagrado nos dispositivos premiais predecessores.

No entanto, inovou a 12.850/2013 ao indicar novos benefícios e apontar os critérios de gradação que devem orientar sua atribuição, não se limitando ao critério da eficiência avistado nos demais diplomas. Para atribuição do benefício, leva-se em conta também a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso.

É fundamental que os órgãos de persecução realizem uma projeção das perspectivas de proveito oportunizadas pela colaboração, podendo assim graduar o benefício a ser inserido em acordo de colaboração. Quando se deparar com um candidato a colaborador cuja contribuição pareça ser de grande potencial, porventura revelador de novo filão investigativo apoiado em elementos de corroboração externa, o Ministério Público tem em mãos a possibilidade de propor o acordo de imunidade. Trata-se do benefício com requisitos mais estritos, que a experiência tem comprovado a necessidade de que siga sendo utilizado com parcimônia.

No mais das vezes, vê-se que a regra tem sido a formulação de acordos antes de sentença, cujos benefícios aplicáveis aos colaborador podem ser graduados do melhor para o pior: perdão judicial, substituição por pena restritiva de direito e redução de até dois terços. Os demais benefícios cabíveis na colaboração premiada da Lei 12.850/2013, quando surgir o acordo após a sentença, são a progressão de regime e a redução da pena pela metade, que tendem a ser menos generosos.

Dito isso, além da sistematização quanto ao benefício material, a previsão legal de que a colaboração premiada se dará por meio de acordo é benéfica tanto para os órgãos de persecução penal, quanto mais para o colaborador. O passo dado é considerável, mesmo que se aviste diversas falhas e lacunas apontadas pela doutrina e, nalguns casos, remediadas pela jurisprudência, a exemplo do prejuízo à defesa dos delatados na apresentação simultânea das alegações finais do colaborador. Certo é que a previsão de que o acordo deve ser homologado judicialmente é de suma importância em termos de segurança jurídica, mas não é só esse o intuito do ato. É necessário que a atuação judicial nesse momento privilegiado leve a colaboração premiada ao prumo da legalidade.

3.5.1. O novo

Para analisar o que há de novo na Lei 12.850/2013, em matéria de sistema de Justiça, primeiro é preciso relembrar os mecanismos de justiça criminal negocial presentes no direito brasileiro. Há a transação penal, a suspensão condicional do processo²⁹² e o acordo de leniência; ainda não vigente a Lei 13.964/2019, há a perspectiva de que novo mecanismo negocial adentre o mundo jurídico, o acordo de não persecução penal²⁹³.

²⁹² A transação penal e suspensão condicional são mecanismos de abreviação de processos relativos a crimes considerados menos graves, aplicando-se a primeira às infrações penais de menor potencial ofensivo (pena máxima de 2 anos) e a segunda aos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano (arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95). Há na doutrina quem lhes retire o título de mecanismos de justiça negocial na medida em que não haveria uma verdadeira negociação, mas mera aceitação a uma proposta, adesão em que a vontade não passa de dizer sim ou não.

²⁹³ Adquirirá previsão legal, muito embora outrora já tenha sido previsto em Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público - Res. 181/2017, modificada pela Res. 183/2018, largamente empregada (Cf.: VALENTE, Fernanda. MPF firmou mais de mil acordos de "não persecução" penal. **Consultor Jurídico**, 27 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-27/mpf-firmou-mil-acordos-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 7 jan. 2020). A redação normativa será a seguinte:

Os fatores que nos fazem avistar semelhanças entre tais institutos são as diferentes nuances entre prêmio penal, voluntariedade em prol da não resistência à persecução penal e – especialmente na delação/colaboração – a imputação de terceiros. Vinicius Gomes de Vasconcellos assim enfatiza a não resistência que aproxima a todos os institutos citados,

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.” (Lei 13.964/2019).

visto que “se caracterizam como facilitadores da persecução penal por meio do incentivo à não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso”²⁹⁴.

Pois bem. Resta evidente que o acordo de não persecução penal previsto no § 4º do art. 4º da Lei 12.850/2013 é a maior inovação em termos de sistema penal, mormente em razão da mudança do paradigma da aplicação judicial do favor ao colaborador, pois o Ministério Público é detentor exclusivo da prerrogativa de prometer o não oferecimento de denúncia; o magistrado não tem a palavra final nesse ponto. Mesmo que haja vozes na doutrina, a exemplo de SILVA, que apontem a possibilidade de aplicação análoga do art. 28 do Código de Processo Penal²⁹⁵, persiste a prerrogativa nas mãos do *Parquet*.

Comparativamente, o acordo de imunidade detém maiores semelhanças com a suspensão condicional do processo, na medida em que também evita o processo. No entanto o instrumento previsto no art. 89 da Lei 9.099/95 ainda exige que alguma denúncia seja ofertada. No caso da imunidade, não se exige que o órgão acusador exponha ao juízo os termos de eventual imputação para que sobre elas possa o magistrado exercer algum juízo de valor – haveria a possibilidade de que o magistrado viesse a considerar que o caso era na verdade de rejeição liminar da denúncia mesmo antes de proceder à fase de suspensão condicional.

No acordo de não oferecimento de denúncia, vigora a vontade do Ministério Público. É o que apontam Nefi Cordeiro²⁹⁶ e Roberto Delmanto²⁹⁷, destacando as diferenças do anterior modelo de exclusiva concessão de favor judicial, nesse ponto substituído pelo favor ministerial. Pode-se dizer que o benefício da imunidade permite uma exceção ao

²⁹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 26.

²⁹⁵ “Na prática, pois, quando do oferecimento da denúncia, o Ministério Público deverá requerer o arquivamento dos autos em relação ao investigado colaborador e, se dele discordar o juiz, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, inclusive, a redação da parte final do § 2º do art. 4º da lei” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. 2a ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 64).

²⁹⁶ “Claramente o legislador fixou a redução da pena (até dois terços), perdão judicial, ou substituição por restritiva de direitos como um favor de pena, e deixou expresso a quem competiria sua aplicação: o juiz. Aqui apenas se manteve a tradição evolutiva das leis de colaboração premiada. Inovação surge com a criação de claro favor ministerial, quando prevê a Lei da Criminalidade Organizada que o Ministério Público poderá ‘deixar de oferecer denúncia’, se for o primeiro a colaborar e não for o líder da organização criminosa” (CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 35).

²⁹⁷ “Agora, se houver a delação premiada na fase das investigações, o próprio Promotor de Justiça ou Procurador da República poderá deixar de oferecer denúncia ao delator. O Juiz não tem mais a última palavra” (DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. 2a ed. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 1033)

modelo penal “magistrocêntrico”, muito embora não se trate de uma revolução copernicana de todo o processo penal, dada a excepcionalidade do seu emprego.

Mas não para por aí. Podemos afirmar que há mais um benefício previsto na Lei 12.850/2013 que desafia a lógica regular do processo, muito embora não tenha sido colocado sob os mesmos holofotes que o acordo de imunidade. Esse benefício não encontra os mesmos requisitos a fim de torná-lo excepcional; muito pelo contrário, ele pode ser aplicado a qualquer tempo. Trata-se do perdão judicial.

Com efeito, a previsão segundo a qual a negativa ao perdão judicial seguirá o rito do art. 28 do Código de Processo Penal, retira do magistrado a palavra final²⁹⁸. O Procurador-Geral da esfera de atuação correspondente deterá a prerrogativa de decidir se é ou não o caso de perdoar o colaborador, decisão que o julgador será obrigado a atender. Cumpre apontar que tal extensão do benefício do perdão judicial só é aplicável nos acordos de colaboração da Lei 12.850/2013, não se comunicando a outros diplomas nos quais previstos benefício semelhante (Lei 9.807/99 e 9613/98), pois em tais outras normas não se aplica o regime do art. 28 do Código de Processo Penal.

Em suma, ambos os benefícios da Lei 12.850/2013 citados representam inovação no modelo de persecução penal brasileiro, permitindo que agentes que cometeram crimes, por vontade exclusiva do Ministério Público, não tenham suas condutas submetidas ao crivo do Judiciário.

3.5.2. Conhecidos institutos sob nova roupagem

A colaboração premiada sob as demais feições, contudo, não altera o modelo regular de processo penal. O Ministério Público tem de ofertar uma denúncia, um defensor

²⁹⁸ A vigência da reforma promulgada pela Lei 13.964/2019 retirará de forma definitiva a participação do magistrado na questão:

“Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.” (NR)

deve assistir o acusado, um magistrado tem de decidir pelo efetivo cometimento de crime para, somente ao fim, aplicar eventuais benefícios acordados entre colaborador e órgão de persecução penal, sendo que o cumprimento da pena somente poderá se dar após o trânsito em julgado da condenação.

O novo juízo a ser realizado sobre a contribuição do colaborador implica, sim, em expansão do conteúdo valorado pelo magistrado. Além de levar em conta as penas possíveis, a culpabilidade e demais circunstâncias, passará a avaliar também a eficácia da contribuição do colaborador frente aos objetivos almejados expostos na lei de regência de colaboração premiada.

A existência de procedimento específico para concessão de benefícios, em troca da não resistência, não altera as bases do processo penal tais quais previstas em nosso ordenamento. A nosso ver, o acordo de colaboração premiada e seu aspecto negocial surgem como **veter peculiar** para a emprego de figuras já conhecidas das Cortes brasileiras: aplicação de causa especial de diminuição de pena na fase de cálculo de pena, substituição por pena restritiva de direito, progressão de regime, mesmo que na forma de incidente de execução – caso o acordo seja posterior ao trânsito em julgado.

Tal vetor não tira de campo os princípios penais e processuais penais²⁹⁹ atuantes na persecução daqueles que cometem delitos. Os tipos penais e espécies de pena persistem sob o reinado do princípio da legalidade, sempre tendo em conta o princípio da humanidade. Como consequência, não se admite a ampla negociação da pena a desbordar o regime normativo da colaboração premiada, seja qual for o regime premial aplicável.

Culpabilidade e ofensividade seguem exigíveis para que alguém possa ser considerado culpado de qualquer conduta criminosa, vigentes as máximas “*nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessita sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine probatione; e, nulla probatio sine defensione*”³⁰⁰.

Surge daí também a conclusão lógica de que a colaboração premiada não altera qualquer norma sobre a verdade³⁰¹, mas tão somente altera a norma apenatória incidente

²⁹⁹ Empregamos abaixo os princípios e garantias pertinentes à esfera penal tal qual expostos em BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012 e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16a ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

³⁰⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 85.

³⁰¹ A sua busca segue sendo almejada no curso do processo, podendo-se dizer que “a ‘verdade’ atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram” (BADARÓ, *op. cit.*, p. 265).

sobre o fato constatado no curso do processo. Não se cogita, portanto, que acordos de colaboração alterem o campo da percepção da realidade, incorrendo no chamado *fact bargaining*. Não seria aplicável, portanto, hipoteticamente, acordo em que constasse cláusula segundo a qual os crimes de roubo cometidos pelo agente deveriam ser considerados como meros furtos, ou que a reincidência específica não seria levada em conta para a atribuição de pena, tampouco que diversos delitos cometidos ao longo do tempo sejam considerados como se cometidos em continuidade. A reforma da Lei 12.850/2013 bem demonstrou que é necessária “análise fundamentada do mérito” antes de se conceder benefícios penais, não podendo prevalecer uma versão dos fatos dissonante do verdadeiro:

Art. 4º

[...]

§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença³⁰².

Certo é que o jogo processual envolve exercício de faculdades, as quais devem ser sempre levadas em conta frente ao ônus da Acusação, que tem que provar as imputações formuladas³⁰³. O *Parquet* pode abdicar da formulação de provas quanto a um aspecto da imputação, mesmo no processo em que não haja colaborador premiado. A questão que aqui se está a tratar é da impossibilidade que acordo mascare a verdade³⁰⁴.

Retomando o enfoque processual, segue firme a garantia do juiz independente e imparcial, pois o magistrado não se envolverá na negociação do acordo de colaboração, mas

³⁰² Redação dada à Lei 12.850/2013 pela Lei 13.964/2019, ainda em *vacatio legis* quando da elaboração do presente trabalho.

³⁰³ Nesse sentido, “A mera confissão do crime não basta. Confissão sem comprovação judicial não tem valor jurídico. Com base exclusivamente nela não se pode condenar ninguém. As provas devem ser produzidas dentro do devido processo legal” (GOMES, Luiz Flávio. 25 anos depois, direito penal 3.0. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 298, p. 2-4., set. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137780>. Acesso em: 4 jan. 2020).

³⁰⁴ Ponto em que Zilli, no contexto amplo de soluções negociadas, levanta sérias dúvidas sobre a aproximação da Justiça ao plano real (ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not to bargain?* eis questão. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo Henrique; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES; Mauricio Zanoide de. [Orgs.]. **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2019, p. 172).

deverá apenas homologar o trato posteriormente, sob o prisma da legalidade (art. 4º, § 6º e § 7º, Lei 12.850/2013). Tal magistrado tem sua competência determinada na Constituição e na Lei, assegurando-se o julgamento pelo juiz natural na medida em que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência”³⁰⁵.

O acesso ao conteúdo da colaboração premiada (art. 7º, § 3º, Lei 12.850/2013) permite que o delatado, no curso do processo, oponha-se às afirmações incriminadoras do colaborador, assegurada a publicidade do processo. Tanto o colaborador, quanto o delatado, contarão com advogado constituído para exercício de sua defesa em contraditório em igualdade de partes. Visando o pleno exercício da defesa, a Corte Suprema assegura à defesa do delatado que apresente suas alegações finais por último, a fim de que toda alegação de cunho acusatório exsurja antes do ato final de sua defesa³⁰⁶. Tal disposição jurisprudencial foi logo inserida na reforma da Lei 12.850/2013³⁰⁷, seguindo orientação da doutrina que apontava prejuízo à ampla defesa³⁰⁸.

Mesmo delatado, o réu se presume inocente e tal *status* não se reverte pelas meras palavras de colaborador. “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16º, Lei 12.850/2013), sendo necessários elementos externos de corroboração³⁰⁹; de resto, toda sentença deverá ser devidamente motivada, expondo-se todos os elementos que culminaram nas conclusões alcançadas.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 4130 QO/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Plenário, julgamento 23 set. 2015.

³⁰⁶ A decisão é amplamente conhecida, no entanto, ainda não foi publicado seu acórdão. Informações sobre a sessão de julgamento estão disponíveis no site do Superior Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425282>>. Somos da opinião de que a cláusula é benéfica ao direito de defesa, de tal forma que a separação das alegações finais não impactará de maneira considerável a garantia do processo penal no tempo razoável.

³⁰⁷ “Art. 4 [...] § 10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou” (redação do art. 4º da Lei 12.850/2013, dada pela recente Lei 13.964/2019).

³⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. A necessidade de um regime legal próprio para o colaborador premiado. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-24/gustavo-badaro-figura-especifica-colaborador-premiado>>. Acesso em: 4 de out. 2019.

³⁰⁹ “Trata-se de uma regra de corroboração, exigindo que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros elementos de prova. Logo, a presença e o potencial corroborativo desse outro elemento probatório é *conditio sine qua non* para o emprego da delação premiada para fins condenatórios. Este, aliás, já era o posicionamento que vinha sendo seguido pela jurisprudência, em relação às delações antes da Lei nº 12.850/13” (BADARÓ, Gustavo Henrique. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. **Badaró Advogados – artigos**, 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delação-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>>. Acesso em 27 nov. 2019.

Delator e delatado somente podem cumprir pena após o trânsito em julgado de sentença condenatória³¹⁰, pois qualquer limitação à liberdade prévia ao exaurimento da via recursal somente poderá ostentar natureza cautelar. Persiste o direito ao duplo grau de jurisdição, não podendo o acordo de colaboração privar o colaborador da via recursal.

Ao cabo, o devido processo penal persiste vigente no processamento dos réus delatores e delatados. Daí porque não avistamos na colaboração premiada vulto suficiente para afirmar a existência de um “devido processo consensual”³¹¹ em oposição ao devido processo legal tradicional, tal qual propôs Andrey Borges de Mendonça.

É natural que o incentivo à colaboração premiada possibilitado por um regime mais bem definido na Lei 12.850/2013 resulte numa mudança na atuação cotidiana das Polícias, Ministério Público, Advogados, Defensores Públicos e Magistrados. Frente à popularização do emprego do instituto, mais e mais o papel do réu colaborador e de seu advogado se aproximam ao fazer do Ministério Público; aos naturais objetivos da defesa – alcançar o reconhecimento da inocência, a correta medida da pena etc – soma-se a tarefa de negociar um acordo³¹² e comprovar a efetividade da colaboração. Por outro lado, pode-se dizer que antes mesmo da Lei 12.850/2013, a delação premiada não era uma prática desconhecida dos advogados e defensores públicos atuantes na defesa de réus processados criminalmente, sendo comum o apontar de dedos entre corréus.

Em todo caso, útil o alerta de Badaró sobre a Lei 12.850/2013 e os meios de obtenção de prova nela avistados:

É inegável o predomínio do enfoque investigatório, com base em meios de obtenção de provas, que operam invasiva e secretamente, gerando um grande risco de desvirtuamento do processo penal. Essa hipertrofia pré-processual no combate à criminalidade organizada tem feito com que a posterior fase processual da persecução penal, em que deve se dar a

³¹⁰ Nesse sentido, é conhecido o resultado do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, cujo acórdão ainda não havia sido publicado quando da elaboração desta dissertação (Cita-de como exemplo matéria publicada no Consultor Jurídico (Conjur). VALENTE, Fernanda; COELHO, Gabriela. Voto de Toffoli faz Supremo suspender a execução antecipada da pena. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/voto-toffoli-derruba-entendimento-prisao-instancia>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

³¹¹ “Se os espaços de consenso existem no processo penal, as estruturas normativa e principiológica para sua disciplina devem ser adequadas às situações que estão sendo disciplinadas. Deve-se afastar a tentação de aplicar os mesmos princípios do devido processo penal tradicional para as situações marcadas pelo consenso. Até mesmo para a proteção do sistema tradicional, é necessário que as garantias sejam relidas à luz de um devido processo penal consensual” (MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In* BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis (coord). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 67/68).

³¹² Nesse tema, vide ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018.

produção das provas pelas partes, em contraditório, perante o juiz terceiro e imparcial, se transforme em uma etapa de escasso significado heurístico, em que há mera ratificação ou chancela de tudo o que foi produzido inquisitorialmente durante a investigação.³¹³

Em resumo, o processo em contraditório, sob as garantias da ampla defesa e demais princípios que o caracterizam, segue sendo necessário para a realização da justiça, não podendo ter seu papel preenchido pela colaboração premiada e demais medidas previstas na persecução penal dos delitos cometidos no âmbito da criminalidade organizada.

3.6. Pergunta instigante: seria possível um acordo de colaboração tão somente para cumprimento da Lei?

Próximo de encerrarmos, mostra-se conveniente realizar uma pergunta instigante. Seria possível realizar um acordo de colaboração e nele inserir uma cláusula estipulando que a pena executada deve obedecer aos ditames da Lei de Execução Penal e do Código Penal?

Uns podem pensar que tal regime normativo já se encontra subjacente ao trato firmado, tal qual a Constituição da República também estaria, pois seus mandamentos incidem sobre toda a esfera jurídica no Brasil.

Propomos o questionamento, todavia, para analisar certos pontos além das fronteiras do instituto da colaboração premiada. Isso porque, fosse concertado o mero cumprimento da Lei e o preso já teria muito mais do que o sistema penitenciário brasileiro atualmente lhe provê.

Diz o Código Penal que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de liberdade, mantendo seu direito à integridade física e moral (art. 38)³¹⁴. Já a Lei de Execução Penal diz que a execução tem dentre seus objetivos “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (art. 1º). Diz o mesmo diploma que Comissão Técnica de Classificação elaborará programa individualizador da pena privativa de liberdade

³¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. In: _____ [et alii]; AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. **Crime organizado**: análise da lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons, CEDPAL, 2017. p. 44.

³¹⁴ Sentido semelhante aos arts. 3º e 40 da Lei de Execução Penal.

(art. 6º), além do que se impõe a separação dos presos provisórios daqueles com condenação transitada em julgado (art. 84).

A assistência ao preso passa a ser especial dever do Estado, seja assistência material, jurídica, educacional, social, ou mesmo à manutenção de sua saúde (arts. 10/11), dadas as condições de privação dos meios para que o preso busque sua subsistência por esforço próprio. Parte disso se dará por fornecimento de alimentação, vestuário (art. 12), recreação, disponibilização de trabalho visando a dignidade da condição humana (art. 28), tudo em estabelecimento com lotação compatível com sua finalidade (art. 85).

A pena deve ser cumprida de maneira progressiva (art. 112), sendo que os presos em regime fechado terão maior limitação à liberdade, mas devem ser abrigados dignamente em celas individuais contendo dormitório, sanitário, lavatório, área mínima de 6 metros quadrados dotadas de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado (art. 88). Os presos em regime semiaberto, por sua vez, deverão ser abrigados em Colônias Agrícolas, Industriais ou similares, enquanto o Estado deve dispor de Casas de Albergado (art. 97, 93 e 95). Fossem aplicados todos os direitos do condenado e, como afirma Sídio Pereira³¹⁵, estaríamos a praticar uma das melhores leis de execução penal do mundo.

Nada obstante, há notórias deficiências em prover tudo quanto acima foi mencionado. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal aplicou a figura do Estado de Coisas Inconstitucional frente ao “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas”³¹⁶ atinentes ao sistema penitenciário brasileiro. Reconheceu a Corte Suprema que as prisões brasileiras se assemelham a masmorras medievais, termo utilizado pelo então Ministro da Justiça, vulnerando uma porção de dispositivos constitucionais:

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas.

³¹⁵ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa da. **Execução Criminal**: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos. São Paulo: Atlas, 2005. p. 56.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 9 set. 2015.

Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais’. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea ‘e’); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.³¹⁷

De lá para cá não se pode dizer que a situação tenha uma resolução em vista. No mês de julho de 2019, o Conselho Nacional de Justiça contabilizou que o número de presos no Brasil quebrava recordes ao ultrapassar o marco de 800 mil³¹⁸, sendo irrazoável prever que o crescimento de tais números venha a frear frente à atual configuração da justiça e dos órgãos de persecução penal. Nas palavras do juiz de direito e acadêmico Luís Carlos Valois Coelho:

O maior paradoxo está em perceber ser a lei que define o crime e impõe pena privativa de liberdade, a mesma que manda haver trabalho na prisão, cela individual e a obrigação de respeito à integridade física e moral do preso (arts. 34, § 1º e 38 do CP); entretanto, só a parte determinante ao que é crime é cumprida. Isso sem contar que a reforma da parte geral do Código

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 9 set. 2015. p. 6 /7 do voto do relator na Medida Cautelar.

³¹⁸ BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação: Marca dos 800 mil foi ultrapassada há duas semanas. Cálculo inclui presos nos regimes fechado, semiaberto e os que cumprem pena em abrigos. **G1**, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

Penal se deu com a Lei 7.209/80 e a Lei de Execução Penal é a Lei 7.210/80, próximas na numeração, mas muito distantes na efetivação.³¹⁹

Sob tais condições, não se tem peias em afirmar que “o sistema penitenciário brasileiro tem sido o grande fator de dessocialização de condenados”³²⁰. A impunidade que surge nos reclamos do povo, políticos e outras medidas legislativas punitivas não pode ser estendida a todo o sistema penal brasileiro. Prende-se muito e prende-se mal, e as possibilidades de melhoria são muitas, mas dificilmente são buscadas dada a regra de esquecimento que vigora sobre a matéria, “constante realidade somente para os condenados/internados e respectivos familiares e para os que nele [sistema penitenciário] exercem algum ofício ou atividade”³²¹.

Esse é o contexto em que insere a colaboração premiada, buscando o aprisionamento de ainda mais sujeitos. O Estado busca o pragmatismo para alcançar a condenação de criminosos, aproveitando-se do oportunismo de um deles que delate seus antigos comparsas³²². Nesse ponto, Victor Gabriel Rodríguez bem aponta que as organizações criminosas que se busca combater não são, nem podem ser, todas que hoje existem. Aquelas voltadas ao tráfico de entorpecentes repelem a traição, de tal forma que se aliar às autoridades de persecução seria inconcebível. Mesmo que um de seus membros se volte contra tal organização criminosa, ele não tem garantias de que sua vida será salvaguardada pelos órgãos de segurança pública:

O sistema interno de punição instaurado nesse tipo de delinquência organizada [tráfico de entorpecentes] funciona sem dúvida, porquanto qualquer tipo de traição é castigada com a morte, sem recursos ou clemência. Na prática, então, sabe-se que ao delinquente que cogitar um acordo com o Estado se aplicará a pena capital e a possibilidade de que – tal e qual este se encontra – o Estado venha a garantir o sigilo do acordo ou, ainda, promover eternamente a proteção do delator é risível. Portanto, voltamos a um Direito Penal da classe baixa e da classe alta, pois somente

³¹⁹ COELHO, Luís Carlos Honório de Valois. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. Dissertação de mestrado sob orientação do Professor Alvinho Augusto de Sá. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p. 102.

³²⁰ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 145.

³²¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 30.

³²² DOTTI, René Ariel. A atenuante da confissão. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 6, p. 18-35, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/55/55>>. Acesso em 17 out. 2019.

esta desfrutará do acordo de delação premiada. Tenho o medo sincero de que eles não se castiguem porque não consideram sua corrupção uma delinquência grave, daí que a traição recebe, *intra muros*, apenas uma repreensão moral, que não é grande coisa, já que os códigos morais dos políticos não são lá de muita rigidez. Especialmente enquanto se trate de lealdade. Para o colarinho-branco, a delação funciona, então é uma efetiva flexibilização da lei nesse âmbito exclusivo. Notar que essa seleção afronta os princípios democráticos é algo aqui desnecessário.³²³

A colaboração premiada avistada na Lei 12.850/2013 se posta, portanto, como ferramenta de combate ao crime organizado em matéria de crimes de corrupção e colarinho-branco. São campos que naturalmente merecem a atenção da persecução penal, em especial porque a percepção de corrupção brasileira não condiz com a fatia da população carcerária presa pelos crimes supracitados³²⁴.

No entanto, os maiores beneficiados pela Lei tendem a naturalmente ser os líderes da prática criminosa. Seguindo a lógica pragmática de uma negociação, há o risco de que apenas os detentores de informações relevantes do funcionamento da organização conseguirão se sentar à mesa com os negociadores, ou seja, apenas os líderes ou membros mais graduados da organização.

Beneficiar exclusivamente os líderes de organização criminosa não é um objetivo almejado pelos agentes públicos envolvidos na colaboração premiada, conforme visto em trabalhos acadêmicos de procuradores da República e magistrados³²⁵. Com efeito, a vedação

³²³ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 122.

³²⁴ Tratando dos crimes contra a administração pública, vide índice de percepção da corrupção da Transparência Internacional que coloca o Brasil na 105ª posição do *ranking* mundial (Informação disponibilizada pela Transparência Internacional Brasil. Disponível em: <<https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>>. Acesso em: 7 jan. 2020), enquanto apenas 1,46% da população carcerária está relacionada a tal espécie de delito (Conforme consta do Cadastro Nacional de Presos produzido pelo CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2020).

³²⁵ Exemplo disso se encontra na fala do respeitável Procurador da República Andrey Borges de Mendonça, que ainda menciona o posicionamento do atual Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro, outrora Juiz Federal responsável por processos no âmbito da Operação Lava Jato: “Por fim, a terceira regra de ouro deve ser: ‘faça acordo com ‘peixes pequenos’ para pegar ‘peixes grandes’”. Isso é moral e juridicamente mais justificável. Assim, o acordo não deve ser realizado com o líder da organização criminosa para incriminar os subordinados. Ao contrário, como lembra Sérgio Moro, o benefício da colaboração deve ser concedido apenas àqueles acusados de pequena ou média importância para atingir os líderes da organização, em um verdadeiro efeito dominó. Segundo o referido Juiz Federal, ‘o método deve ser empregado para permitir a escalada da investigação e da persecução na hierarquia da atividade criminosa. Faz-se um acordo com um criminoso pequeno para obter prova contra o grande criminoso ou com um grande criminoso para lograr prova contra vários outros grandes criminosos [...]’. Realmente, não teria sentido conceder o perdão para o líder da quadrilha, permitindo que os executores sejam presos. Isto vem, de certa forma, reconhecido no art. 4º, §4º, da nova Lei”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis: Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, 2013. p. 13).

da atribuição do benefício máximo ao líder da organização criminosa (art. 4º, §4º, da Lei 12.850/2013) deveria servir para coibir que os maiores criminosos pudessem se aproveitar dos maiores benefícios.

Ocorre que, como bem aponta Bitencourt, o fato de se firmar o acordo antes de qualquer denúncia prejudica o juízo sobre ser ou não tal indivíduo o líder de organização criminosa; a percepção no momento da homologação pode não se confirmar futuramente. Além do mais, como já citado, a proibição quanto a tal pacto avistada na Lei pode ser driblada pelo modelo de suspensão do processo após o atingimento de pena máxima ficta, tal qual avistado na Orientação Conjunta do Ministério Público Federal³²⁶.

Exemplo de que os líderes tendem a ser privilegiados, o mais conhecido episódio de aplicação do benefício da imunidade mostra quão duvidoso pode ser o juízo sobre a posição de liderança. O colaborador Joesley Batista narrou ter posto em prática, por meio de estrutura empresarial, um esquema criminoso que logrou realizar pagamentos a 1.829 candidatos³²⁷ em eleições nos diversos níveis da federação, supostamente subornando importantes ex-presidentes, governadores e toda uma gama de representantes do corpo legislativo.

Difícil dizer que, de alguma forma, ele não liderava o modelo criminoso narrado. A par da questão da veracidade dos depoimentos, podemos afirmar que as diferentes condutas criminosas narradas por tal colaborador desafiam o conhecido conceito de organização criminosa como estruturas piramidais, podendo se constatar diversas empreitadas delitivas em escala nacional.

Sob outro ângulo, o acordo de colaboração dos 77 executivos da construtora Odebrecht indica um possível desvirtuamento do instituto³²⁸. Acordo em bloco como na espécie aponta na direção de um *plea guilty* coletivo, contrário ao espírito da Lei 12.850/2013, que é voltada à delação dos comparsas, não à assinatura de acordos com colaboradores irmanados, coisa que mais se assemelha a uma capitulação conjunta do bloco empresarial.

³²⁶ Vide título 3.3.2.1.

³²⁷ Conforme noticiado no portal Congresso em Foco (Quem são os quase 2 mil candidatos que a JBS diz ter financiado: Lista entregue por delatores aponta repasse de quase R\$ 600 milhões a 1.829 candidatos de 28 partidos na eleição de 2014, entre postulantes a presidente, governador, senador, deputado federal e deputado estadual. **Congresso em Foco**, 30 mai. 2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/quem-sao-os-quase-2-mil-candidatos-que-a-jbs-diz-ter-financiado/>>. Acesso em 7 jan. 2020).

³²⁸ Cf.: Dantas, Dimitrius; Schmitt, Gustavo. Delação da Odebrecht leva a apenas 18 ações penais: Dois anos após acordo, casos enviados pelo STF à primeira instância e à Justiça Eleitoral esbarram na falta de estrutura. **O Globo**, 18 nov. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/delacao-da-odebrecht-leva-apenas-18-acoes-penais-1-24086016>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

Útil aí a diferenciação de Vasconcellos que apresenta visão crítica ao diferenciar a colaboração premiada inserida no ordenamento pátrio e o que denomina barganha. Na primeira, o enfoque do instituto se encontra na incriminação de terceiros e a corroboração das evidências incriminatórias, enquanto na barganha “o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção penal”, buscando-se a conformidade do acusado para “imposição de sanção penal com a supressão do transcorrer normal do processo”³²⁹.

Tamanha é a diferença entre um e outro que, para que não se confundam, o autor redigiu obra de referência na matéria, que alerta para o risco de “o processo se tornar mera farsa para a confirmação dos elementos produzidos a partir da cooperação do acusado-delator”³³⁰. O aviso não pode ser ignorado e se justifica pelo potencial expansivo o regime premial, tendência identificada por Marcos Zilli: “a abertura de espaços de negociação por parte de um modelo acostumado com outras dinâmicas resolutivas do conflito penal, abre o portal para a contaminação de todo o sistema”³³¹.

A proporção entre delatados e delatores noutros âmbitos da Operação Lava Jato também aponta nesse sentido. A título de exemplo, a Força Tarefa em 1ª Instância no Rio de Janeiro afirma ter firmado 37 acordos de colaboração, enquanto teria obtido 41 condenações em 1ª e 2ª instâncias. Os números são muito próximos. Talvez a proporção de colaboradores por condenados tenda a pender para o predomínio do número de condenados, visto que as investigações cariocas se iniciaram anos após a iniciativa curitibana, que já pode obter maiores resultados. Mesmo assim, a Força Tarefa paranaense firmou 48 acordos de colaboração e logrou a condenação de 159 pessoas, aí incluídos os colaboradores³³².

Uma organização criminosa é composta de ao menos quatro pessoa; se especularmos que a colaboração premiada tem como objetivo a delação doutros membros da organização criminosa³³³, avistamos que uma colaboração paranaense tem proveito médio entre dois e três outros condenados além do próprio colaborador. A matemática é reconhecidamente rasa, ignorando miríade de fatores e transformando pessoas em números, mas permite levantar dúvidas sobre a eficiência do instrumento de persecução penal.

³²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 27.

³³⁰ *Ibid.*, p. 27.

³³¹ ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not to bargain?* eis questão. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo Henrique; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES; Mauricio Zanoide de. [Orgs.]. **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 146.

³³² Há ainda os processos em curso, sendo o total de denunciados apontado de 339 (Cf. informação disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 10 nov. 2019).

³³³ Sob o regime da Lei 12.850/2013.

Dito isso, a colaboração premiada nos moldes da Lava Jato e da Orientação Conjunta permite a criação de um modelo diferenciado de execução penal. Um modelo paralelo em que a pena não é cumprida nos regimes do Código e da Lei de Execução Penal, mas nos regimes diferenciados mormente centrados na prisão domiciliar sob diferentes alcunhas e restrições.

É uma colaboração premiada diferenciada para criminosos diferenciados, gente diferenciada, “felizes convidados para a ceia com o Estado, em que se rediscutirão os termos da punição”³³⁴. Nos moldes em que vem sendo aplicada, acaba por criar uma execução penal para um público *VIP*, deixando de lado os problemas da massa carcerária brasileira.

Longe de minorar os males dos crimes do colarinho branco, de corrupção, dos corruptores e dos corruptos; cabe ponderar se a multiplicação de instrumentos de persecução penal vulneradores de direitos dos investigados e réus é o caminho desejável no contexto brasileiro de encarceramento, ou se ao menos caberia cogitar a necessidade de remediar o descaso para com a maioria de presos que não ostenta tratamento privilegiado.

³³⁴ O trecho de que extraída tal afirmação bem evidencia os beneficiados pela colaboração: “[...] qualquer cidadão pode cometer um delito, mas somente aqueles que cometem os mais graves serão chamados pelo Estado ao perdão por delação. [...] O indivíduo que furta carteiras na *downtown* de uma metrópole por sorte já está habituado a não aceder sequer ao Estado-juiz, já que suas condições financeiras jamais lhe permitirão galgar tribunais superiores. O *whistleblowing*, para ele, perpetuará a injustiça ou ao menos não lhe alterará o quadro: também lhe passa ao largo, porque ele não tem quadrilha a delatar; se tiver, seu bando de punguistas não atrai o interesse do *prosecutor* para propor qualquer tipo de *bargaining*, de flexibilização da dura lei.[...]Assim, os persecutores desejarão dialogar apenas com os comandantes de grandes delitos” (RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 129).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 12.850/2013 alçou a colaboração premiada à posição de destaque no contexto do direito processual penal. Sua ampla aplicação no âmbito da Operação Lava Jato cimentou o instituto no consciente popular e na prática jurídica como instrumento de persecução aos crimes cometidos por organizações criminosas, dada a existência de um procedimento que busca trazer segurança jurídica e de uma gama de benefícios penais que incentivam a colaboração.

A redução fracionária de pena deixou de ser o benefício central da delação premiada, confirmando a expansão avistada na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998) e nas Lei 9.807/1999 e 10.409/2002. O colaborador premiado que integre organização criminosa pode vir a negociar diversos benefícios que impactarão sua pena: perdão judicial, redução de até dois terços da pena privativa de liberdade, substituição por pena restritiva de direito, progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos; ou mesmo prescindir de qualquer pena e mesmo do processo através do pacto para não oferecimento de denúncia.

No presente trabalho exploramos a tripla feição adquirida pelos acordos de colaboração, sob o viés da execução da pena e aplicação de benefícios, e nos centramos na análise dos impactos da colaboração premiada sobre a pena privativa de liberdade, recorte temático que nos permitiu aprofundar tanto na aplicação normal dos benefícios previstos em Lei, quanto na sua deturpação avistada na prática.

Uma abordagem seria incompleta sem a outra, na medida em que os acordos firmados no âmbito da Operação Lava Jato moldaram a colaboração premiada no contexto brasileiro, seja para o bem, seja para o mal. Uma série de delitos graves foi desvelada por inúmeras colaborações premiadas, no entanto a pactuação dos acordos fugiu da disciplina inscrita na Lei 12.850/2013 ou qualquer outra do ordenamento pátrio.

A análise do modelo de colaboração premiada avistado na Orientação Conjunta nº 1/2018 do Ministério Público Federal permitiu apontar diversos conflitos com o direito posto, dentre eles acordos de colaboração com fixação de penas corpóreas fixas, emprego da suspensão do processo como benefício *per se*, a proliferação dos regimes diferenciados. Execução antecipada da pena e outros conflitos com o modelo de execução penal pátrio também foram adereçados em títulos dedicados, cabendo aqui ainda o destaque à reforma processual penal promovida pela Lei 13.964/2019 contendo dispositivos específicos para coibir excessos na negociação de acordos de colaboração.

Daí se conclui que a Lei 12.850/2013 trouxe inovações, mormente o pacto para não oferecimento de denúncia e as novas dimensões do perdão judicial do colaborador, ambos benefícios maiúsculos. Além deles, contudo, não houve inovações normativas de proporções ciclópicas, mas a expansão do direito premial pelo emprego de instrumentos jurídicos conhecidos, mesmo que atuando sob um renovado vetor, o acordo de colaboração premiada. A colaboração premiada seguirá como instrumento útil à apuração de delitos de difícil investigação, no entanto, ela não será remédio hábil para combater todos os males do sistema penal brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS³³⁵

Livros e artigos

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 4-6, fev. 2006. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57183>. Acesso em: 2 jan. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. *In*: _____ [et alii]; AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. **Crime organizado**: análise da lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons, CEDPAL, 2017.

_____. Limites do pactuado na Colaboração Premiada: pode o Ministério Público fixar penas ou conceder perdão? **Badaró Advogados - artigos**, 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/21-082018-limites-do-pactuado-na-colaboracao-premiada-pode-o-ministerio-publico-fixar-penas-ou-conceder-perdao.html>>. Acesso em: 6 de jan. 2020.

_____. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. **Badaró Advogados – artigos**, 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>>. Acesso em 27 nov. 2019.

³³⁵ De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBR 6023).

_____. A necessidade de um regime legal próprio para o colaborador premiado. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-24/gustavo-badaro-figura-especifica-colaborador-premiado>>. Acesso em: 4 de out. 2019

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. **A lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BEMFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BENETI, Sidnei Agostinho. **O processo de execução penal**. Tese de doutorado sob orientação do Professor Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1994.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 19-21., set. 2019. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153025>. Acesso em: 2 jan. 2020>.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime". **Consultor Jurídico**, 6 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 24, n. 122, ago. 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

CABRERA, Raul Peña. *Terminacion anticipada del proceso y colaboracion eficaz*. 2a ed. Lima: Grijley, 1995.

CALLEGARI, André Luís. WEMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto da expansão do direito penal. *In*: PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel (coord.). **Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo**: volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CAMACHO, Fernanda Gomes. **Mutabilidade da sentença penal condenatória: unificação e soma das penas**. Dissertação de mestrado sob orientação do Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 153, p. 109-132., mar. 2019. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150400>. Acesso em: 5 jan. 2020.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. *In*: GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.); PINHO, Ana Cláudia Bastos de (Coord.). **Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. *In*: GOMES, Marcus Alan de Melo; PINHO, Ana Cláudia Bastos de (coord.). **Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. *In*: BEDÊ JUNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152231>. Acesso em: 18 out. 2019.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal: reflexões em torno da jurisdicionalização**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CESCA, Brenno Gimenes. O espaço negocial das partes na colaboração premiada da lei de organizações criminosas e a averiguação de sua legalidade pelo juiz na fase homologatória. *In: Boletim IBCCRIM*, ed. 308, jul. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. Bauru: EDIPRO, 1999.

COELHO, Luís Carlos Honório de Valois. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. Dissertação de mestrado sob orientação do Professor Alvino Augusto de Sá. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Delação premiada: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-contraria/13613>>. Acesso em: 16 out. 2019.

COUTO, Marco. **Delação premiada: o dito e o não dito**. Curitiba: Juruá, 2018.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. Tese de doutoramento sob orientação do Professor Sérgio Salomão Shecaira, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COSTA, Helena Regina Lobo da Costa. Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática. *In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Mauricio Zanoide de. [orgs.]. Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019.

COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRUZ, Flavio Antônio da. *Plea Bargaining* e Delação Premiada: Algumas Perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição 02, dez. 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/32104639/PLEA_BARGAINING_E_DELA%C3%87%C3%83O_PREMIADA_ALGUMAS_PERPLEXIDADES?email_work_card=title>. Acesso em: 6 jan. 2020.

DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 293-337., mai. 2019. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151402>. Acesso em: 5 jan. 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 71/2008, mar./abr. 2008.

DIDIER JR., Fred; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 62**, out./dez. 2016. p. 23/59. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260352/Fredie_Didier_Jr_%26_Daniela_Bonfim.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2020.

DIPP, Gilson. **A “Delação” ou Colaboração Premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015. Disponível em:

<https://www.academia.edu/31651151/A_Delacao_ou_Colaboracao_Premiada_IDP?email_work_card=title>. Acesso em 7 jan. 2020.

DOTTI, René Ariel. A atenuante da confissão. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 6, p. 18-35, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/55/55>>. Acesso em: 17 out. 2019.

FATTORI, Thiago Alessandro. Breves considerações acerca da orientação conjunta 1/2018 do Ministério Público Federal: a negociação do acordo de colaboração premiada. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 26, n. 312, p. 10-12., nov. 2018. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=146839>. Acesso em: 2 jan. 2020.

FAYET, Paulo. **Da criminalidade organizada**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Incidente processual**: questão incidental, procedimento incidental. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991.

_____. Crime organizado e a legislação brasileira. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. *In*: _____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Processo penal constitucional**, 7a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Og. Constituição, processo e prisão: comentários aos artigos 283 a 310 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. *In*: _____ (coord.). **Medidas cautelares no processo penal**: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (organizadores). **Direito penal**, v.7. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Crimes hediondos**. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. Crise da justiça criminal e admissão de espaços de oportunidade no processo penal brasileiro: a proposta do *plea bargaining*. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). **Limites do poder punitivo**: diálogos na ciência penal contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131516. Acesso em: 2 jan. 2020.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça Criminal Negocial: Crítica à Fragilização da Jurisdição Penal em um Cenário de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20, n 3. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Lei de proteção a vítimas e testemunhas: primeiras considerações. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal, 7: críticas e sugestões: justiça criminal moderna: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. 25 anos depois, direito penal 3.0. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 298, p. 2-4., set. 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137780. Acesso em: 4 jan. 2020.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O valor normativo da jurisprudência penal**. Tese de Doutorado sob orientação da Professora Ivette Senise Ferreira, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei anti-crime organizado. **Boletim IBCCRIM**, ed. 13, fev. 1994.

_____. O crime organizado e as garantias processuais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 21, p. 08., set. 1994. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13592. Acesso em: 5 jan. 2020.

_____. Notas sobre a terminologia da prova. Reflexos no processo penal brasileiro. *In*: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide. **Estudos em homenagem à Profa. Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. **Presunção de inocência**: princípios e garantias. *In*: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coords). **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=154272. Acesso em: 5 jan. 2020.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal, 3**: críticas e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O crime organizado na legislação brasileira. *In*: CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). **Temas atuais de direito**. São Paulo: LTr, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. O fracasso da delação premiada. **Boletim IBCCRIM**, ed. 21, set. 1994.

_____. **Lei antitóxicos anotada**. 8a ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

LEMOS, Bruno Espiñeira; QUINTIERE, Víctor Minervino. **Técnicas especiais de investigação no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Crime organizado e a Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Verbatim, 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação dos poderes. *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

LIMA, Camile Eltz de; OSÓRIO, Fernanda Corrêa. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei nº 12.850/2013. *In*: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. 2a ed. São Paulo: Empório do direito, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; ROSA, Alexandre Moraes da. A pena fixada na delação premiada vincula o julgador na sentença?. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-03/limite-penal-pena-fixada-delacao-premiada-vincula-julgador-sentenca>> Acesso em: 7 jan. 2020.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**: anotações à Lei Federal n. 7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1999.

MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. *In*: Ferraz, Esther de Figueiredo. **Aspectos penais controversos da colaboração premiada**. Monografias vencedoras 2016 - IASPE/CIEE. São Paulo: IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo, 2016.

MANZADO, Luis Fernando de Moraes; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. *In*: VAZ, Denise Provasi (Org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017.

MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. O pacote "anticrime" e seus impactos na colaboração premiada. **Consultor Jurídico**, 29 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 6 jan. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa (coord.). **A delação/ colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis: Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, 2013.

_____. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.); Moura, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas, 2016.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa da. **Execução Criminal**: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 3a ed. Leme: J. H. Mizuno, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Provas no processo penal**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de direito penal**, parte geral vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

_____. Há limites para o prêmio da colaboração premiada? **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-03/guilherme-nucci-limites-premio-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 6 de jan. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015.

PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. **A publicidade no processo penal brasileiro: confronto com o direito à intimidade**. Dissertação de mestrado sob orientação de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento; aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Org.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Direito de execução penal**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Tipificação da organização criminosa**. Tese de doutorado orientada por Ivette Senise Ferreira. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. *La delación premiada en el derecho penal: el "arrepentido": una "técnica especial de investigación" en expansión*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis*. In MULAS, Nieves Sanz (coord.). *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada: Comares, 2006.

RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada**: limites éticos ao Estado. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=8777>. Acesso em: 5 jan. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 4a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROMERO, Eneas Romero. A Colaboração premiada. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique [et alii]; AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (coords). **Crime organizado**: análise da lei 12.850/2013, São Paulo: Marcial Pons, CEDPAL, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. Como funciona o mercado oculto da delação premiada. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-18/limite-penal-funciona-mercado-oculto-delacao-premiada>> Acesso em: 6 de out. 2019.

_____. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=7015. Acesso em: 5 jan. 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. Execução penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade? **Boletim IBCCRIM**, edição 324, São Paulo, nov. 2019.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Dayana Rosa. **O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal**. Dissertação de mestrado sob orientação do Professor Antonio Magalhães Gomes Filho, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração** (delação premiada). 2a ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

_____. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista brasileira de direito processual penal**. v. 3, n. 1. Belo Horizonte, 2017. p. 131-166. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133453>. Acesso em: 5 jan. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *In*: PRADO, Luiz Regis. DOTTI; René Ariel (coord.). **Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo: volume VI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Direito Penal: parte geral**. 6a ed. Curitiba, ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Ézio Vicente da; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. **Colaboração premiada e investigação: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana**. Barueri: Novo Século Editora, 2018.

SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Execução penal: novos rumos, novos paradigmas**. Manaus: Aufiero, 2012.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95**. Curitiba: Juruá, 1995.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? *In*: OLIVEIRA, William Terra; NETO, Pedro Ferreira Leite.; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedermann**, São Paulo: LiberArs, 2013.

_____. A definição de crime organizado. *In:* _____ (coord.). **Crônicas franciscanas do mensalão**: comentários pontuais do julgamento da ação penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de direito penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. *In:* FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SZNICK, Valdir. **Crime organizado: comentário**. São Paulo, LEUD, 1997.

STRECK, Lenio. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção de inocência. **Consultor Jurídico**, 11 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

TEMER, Michel Miguel Elias. **Benefícios para casos penais**. Folha de São Paulo, edição de 12 de novembro de 1994. Primeiro Caderno, p. 3. Disponível em: <<https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=12605&anchor=4841797&origem=busca&pd=51c0fe27f2ea4555dafcff1c7ecb46f9>>. Acesso em: 5 de jan. 2020.

TORON, Alberto Zacharias, **Crimes hediondos: o mito da repressão penal: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Tráfico de drogas. *In:* FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (organizadores). **Direito penal, v.7**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e não oferecimento da denúncia: o espaço de oportunidade do art. 4.º, § 4.º, da Lei 12.850/2013. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 268, p. 13-15, mar. 2015.

_____. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, São Paulo: IBCCRIM, 2015.

_____; SOUSA, Matheus Herren Falivene de. Código de ética da advocacia na justiça criminal negocial: proposta de regras deontológicas para integridade defensiva na colaboração premiada. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 26, n. 303, p. 13-15, fev. 2018.

_____. Não-obrigatoriedade e acordo penal na resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 299, p. 7-9, out. 2017.

_____. **Colaboração premiada no processo penal**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 279-306, jun. 2019. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151450>. Acesso em: 5 jan. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime organizado”: uma categorização frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano 1, nº 1, 1º sem., 1996. **Relime Dumará**. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/61907478/zaffaroni-raul-crime-organizado-uma-categoria-frustrada>>. Acesso em: 16 out. 2019.

ZILLI, Marcos Alexandre. A colaboração premiada nos trópicos. Autonomia das partes e o imperativo do controle judicial. Leituras sobre a Lei 12.850/13 à luz da eficiência e do garantismo. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da (coord.); ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de (coord.); LIVIANU, Roberto (coord.); PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coord.). **48 visões sobre a corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

_____. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not to bargain?* eis questão. In. MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo Henrique; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES; Mauricio Zanoide de. [orgs.]. **Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.