

ARISTÓTELES DE ALENCAR SAMPAIO

A colaboração premiada na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013

Dissertação de Mestrado
Orientador: Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

ARISTÓTELES DE ALENCAR SAMPAIO

A colaboração premiada na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Processual, sob orientação do Professor Dr. José Raul Gavião de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Autorizo a reprodução e divulgação 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

Sampaio, Aristóteles de Alencar
A colaboração premiada na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013 / Aristóteles de Alencar Sampaio ; orientador José Raul Gavião de Almeida -- São Paulo, 2017.
453 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito processual penal. 2. Crime organizado e terrorismo. 3. Colaboração premiada. I. Almeida, José Raul Gavião de, orient. II. Título.

Nome: SAMPAIO, Aristóteles de Alencar

Título: A colaboração premiada na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico às minhas amadas Andreia, Isabelle e Nicole, por me ensinarem o sentido da felicidade.

E a meus queridos pais Aristóteles (*in memoriam*) e Olivia, pelo inabalável incentivo e amor.

AGRADECIMENTOS

Após o longo caminhar, é chegado o tempo de agradecer:

Primeiramente, a Jesus, aquele me dá vida e esperança;

Ao meu orientador, Professor José Raul Gavião de Almeida, pela confiança em mim depositada e pelo exemplo de conhecimento e retidão tanto na academia quanto na magistratura;

Aos Professores Marta Cristina Cury Saaad Gimenes e Edison Tetsuzo Namba pela inestimável contribuição a este trabalho quando do exame de qualificação;

Aos Professores Antonio Scarance Fernandes, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Maurício Zanoide de Moraes e Marcos Alexandre Coelho Zilli pelas valiosas lições expostas durante o curso de mestrado;

Aos amigos Henrique Castilho Jacintho e Renan Barboza de Faria pelo apoio e incentivo durante todo o curso.

“Aparta-te do mal e faze o bem; e terás morada para sempre.”
(Salmos 37:27)

RESUMO

SAMPAIO, Aristóteles de Alencar. *A colaboração premiada na Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. 2017. 453 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O presente trabalho visa estudar a colaboração premiada instituída pela Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, em razão dos relevantes efeitos jurídicos da introdução do procedimento probatório para a produção deste meio de obtenção de prova em relação à persecução penal do crime organizado e do terrorismo no país. Procedeu-se à análise histórica do instituto, bem como a discussão acerca da ética tão criticada do instituto. No trabalho buscou-se analisar o instituto da colaboração premiada em confronto com o direito comparado, com especial ênfase no direito italiano e no direito estadunidense. O instituto é analisado em sua dupla natureza de meio de obtenção de prova e de exercício do direito de defesa do colaborador-imputado, analisando-se o regime jurídico da colaboração premiada em cotejo com os princípios constitucionais aplicáveis à espécie, em especial em relação à garantia do *nemo tenetur se detegere* e do devido processo legal. A colaboração do imputado é analisada também em face da justiça consensual, que foi alargada em sua aplicação com o advento da nova legislação pela instituição obrigatória do acordo de colaboração premiada. Estudamos a colaboração processual do imputado, identificando o procedimento de produção da colaboração premiada e sua repercussão no âmbito probatório, em especial, com a inserção da regra de corroboração. Concluímos que, após a compreensão do instituto e sua relevância na luta contra o crime organizado e terrorismo, mesmo sopesados os riscos de condenações injustas por ele causados, a lei criou salvaguardas legais que fornece ao Estado um eficiente instrumento processual, preservando as garantias constitucionais dos imputados.

Palavras-chave: Direito. Direito Processual Penal. Criminalidade Organizada. Colaboração processual premiada.

ABSTRACT

SAMPAIO, Aristóteles de Alencar. The award procedural cooperation in Law 12.850, of August 2, 2013. 2017. 453 f. Dissertation (Master degree) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The present study aims to study the award cooperation instituted by Law 12.850 of August 2, 2013, in order to the relevant legal effect of introducing the procedure for the production of this means of obtaining evidence in relation to the criminal prosecution of organized crime and terrorism in the country. The history of the institute was analyzed, as well as the discussion about the so criticized ethics of the institute. The aim of this study was to analyze the institute of the awarded collaboration in comparison with comparative law, with special emphasis on Italian law and US law. The institute is analyzed in its dual nature as a means of obtaining proof and exercising the right of defense of the collaborator-imputed, analyzing the legal regime of the collaboration awarded in comparison with the constitutional principles applicable to the species, especially in relation to the privilege against self-incrimination and of due process of law. The collaboration of the accused is analyzed also in the face of consensual justice, which was extended in its application with the advent of new legislation for the mandatory institution of the collaboration agreement awarded. The study analyze the procedural cooperation of the defendant, identifying the procedure of production of the award-winning collaboration and its evidence repercussion, in particular, with the insertion of the rule of corroboration. We conclude that, after understanding the institute and its relevance in the fight against organized crime and terrorism, even considering the risks of unjust convictions caused by it, the law created legal safeguards that provide the State with an efficient procedural instrument, preserving the constitutional guarantees of the defendants.

Keywords: Law. Criminal Procedural Law. Organized crime. Award procedural cooperation.

LISTA DE ABREVIATURAS

AG REG – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

DES. – Desembargador

HC – Habeas Corpus

J. – julgado em

MIN. – Ministro

PET – Petição

REL. – Relator

RESP – Recurso Especial

REXT – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 COLABORAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS GERAIS	23
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO INSTITUTO	23
2.2 COLABORAÇÃO PROCESSUAL	31
2.2.1 Delação e chamamento de corrêu	34
2.3 DIREITO PREMIAL E COLABORAÇÃO PROCESSUAL	37
2.4 ARREPENDIMENTO E COLABORAÇÃO PROCESSUAL	40
2.5 COLABORAÇÃO PREMIADA	43
2.5.1 Confissão	47
2.5.2 Colaboração premiada genérica	53
2.5.3 Colaboração premiada especial	57
2.5.4 Acordo de leniência	59
2.6 MODELOS DE COLABORAÇÃO	66
2.7 NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	68
2.7.1 Meio de defesa	69
2.7.2 Meio de obtenção de prova.....	72
2.8 ESTRUTURA JURÍDICA.....	74
2.9 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA E CONFLITO APARENTE DE NORMAS	82
2.10 Direito intertemporal.....	94
2.11 INFLUÊNCIA INTERNACIONAL.....	103
3 ÉTICA E EFICIÊNCIA CONTRA O CRIME ORGANIZADO	117
3.1 ÉTICA E DIREITO	117
3.2 PUNIÇÃO COMO IMPERATIVO ÉTICO DO ESTADO.....	125
3.3 CRIMINALIDADE ORGANIZADA.....	128
3.4 TERRORISMO.....	141
3.5 ÉTICA E COLABORAÇÃO.....	147
3.6 EFICIÊNCIA E GARANTISMO	153
3.7 A PROPORCIONALIDADE NA COLABORAÇÃO PREMIADA	159
4 REGIME JURÍDICO E DEVIDO PROCESSO PENAL	173
4.1 REGRAMENTO DO COLABORADOR	175
4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	182
4.2.1 Direito ao <i>nemo tenetur se detegere</i>	183
4.2.2 Direito ao estado de inocência	191
4.2.3 Princípio da individualização da pena e isonomia.....	194
4.2.4 Princípio da publicidade e regime de sigilo.....	197
4.3 SALVAGUARDAS LEGAIS.....	204
4.4 PRÊMIOS LEGAIS	204
4.4.1 Perdão judicial	206
4.4.2 Não oferecimento de ação penal	209
4.4.3 Redução de pena	211
4.4.4 Prêmios relativos à execução da pena.....	214
5 CONSENSUALIDADE NA COLABORAÇÃO PREMIADA	219
5.1 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E SEU AVANÇO NO PAÍS.....	219
5.2 ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA.....	231
5.2.1 Indispensabilidade do acordo para a concessão dos prêmios legais	231
5.2.2 Natureza	234

5.2.3 Pressupostos	237
5.2.3.1 <i>Voluntariedade e prisão processual</i>	245
5.2.4 Requisitos.....	260
5.2.5 Legitimados.....	263
5.2.6 Procedimento	271
5.2.7 Extinção do acordo.....	274
5.2.8 Efeitos	279
5.2.8.1 <i>Efeitos endoprocessuais</i>	279
5.2.8.2. <i>Efeitos extraprocessuais</i>	286
5.3 O FORTALECIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	293
5.3.1 Discricionariedade regrada para o acordo.....	298
5.3.2 Flexibilização da obrigatoriedade da ação penal	302
5.4 A FUNÇÃO DE GARANTE DO JUIZ.....	310
5.4.1 Homologação judicial	315
5.4.2 Intervenção judicial no acordo	321
5.4.3 Controle judicial das cláusulas do acordo.....	325
5.5 A DEFESA TÉCNICA NA COLABORAÇÃO PREMIADA	330
6 COLABORAÇÃO PREMIADA E PROVA	341
6.1 PROVA	341
6.2 DIREITO À INVESTIGAÇÃO	347
6.3 PROPOSIÇÃO.....	353
6.4 ADMISSÃO.....	357
6.4.1 Prova derivada de prova ilícita na colaboração premiada.....	363
6.5 PRODUÇÃO.....	368
6.6 VALORAÇÃO DA PROVA	379
6.6.1 Aspectos gerais	383
6.6.2 Regra da corroboração	384
6.6.3 Elementos intrínsecos e extrínsecos das declarações do colaborador.....	390
6.6.4 Valoração judicial da colaboração probatória e pena	399
7 CONCLUSÃO	411
REFERÊNCIAS	427

1 INTRODUÇÃO

Nossa pesquisa pretende abordar a colaboração premiada do imputado na forma em que regulada pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que trata da definição do crime de organização criminosa, bem como de instrumentos processuais específicos para a persecução penal de tal delito.

A colaboração premiada vinha sendo estudada até o advento da Lei 12.850/13 com especial ênfase na análise da legitimidade ética do instituto, embora também possua clara natureza probatória, com os problemas daí resultantes, em especial no tocante ao valor probatório das declarações decorrentes da colaboração.

No entanto, a lei 12.850/13 trouxe novos contornos jurídicos ao instituto, fomentando questões jurídicas de inegável interesse científico, em especial no tocante à sua dupla natureza: da perspectiva do Estado, a natureza de meio de obtenção de prova e da perspectiva do imputado uma forma de exercer sua defesa contra a pretensão punitiva estatal.

A existência de uma crescente disseminação da aplicação do instituto na persecução penal do crime organizado após o início da vigência da nova lei, dada à previsão de contornos legais mais específicos no modo de sua produção probatória, embora ainda lacunoso, indicou-nos a conveniência de um maior estudo da colaboração premiada nos novos moldes legais. Além disso, o interesse do tema é depreendido do seu êxito no direito comparado, bem como pela sua promissora utilização na persecução penal pátria durante as investigações de casos de criminalidade organizada inserida nas entranhas do Estado.

Em razão de seus contornos jurídicos, buscamos no primeiro capítulo analisar aspectos gerais do instituto. Inicialmente traçamos breve histórico evolutivo do instituto, contextualizando-o no movimento jurídico do direito premial. Em seguida, buscamos discriminar os institutos afins à colaboração premiada que podem integrar sua estrutura jurídica.

Intentamos classificar as várias espécies de colaboração processual, inserindo a colaboração premiada como uma das espécies da colaboração processual, estudando-se, ainda, os modelos de colaboração premiada existentes no direito comparado.

Tratamos de forma específica o âmbito de sua incidência, analisando-se o conflito de normas entre a Lei 12.850/13 e os demais diplomas legais que preveem prêmios legais

ao colaborador da justiça, buscando apresentar, ainda, diretrizes para a aplicação no tempo da Lei 12.850/13 no tocante à colaboração premiada, sob os auspícios do direito intertemporal voltado à persecução penal.

Por se inserir a colaboração premiada em fenômeno de abrangência mundial, o trabalho buscou verificar a influência do direito internacional, decorrente de convenções internacionais, e do direito comparado, em especial, do direito estadunidense e do direito italiano, nos contornos instituídos pela Lei 12.850/13.

No segundo capítulo, procuramos perquirir a colaboração premiada em seu aspecto ético na luta contra a criminalidade organizada e do terrorismo, buscando destacar a punição como imperativo ético do Estado, analisando-se sua necessidade como desdobramento do imprescindível equilíbrio entre a eficiência da persecução penal e o respeito às garantias constitucionais do imputado, por meio do recurso do princípio da proporcionalidade.

Passamos em capítulo posterior a discutir e analisar o devido processo penal e o regime jurídico da colaboração premiada, com especial ênfase ao imputado-colaborador, que ingressa no regime jurídico da colaboração premiada após a homologação do acordo pelo magistrado.

Neste tópico, são discutidos alguns princípios constitucionais atinentes ao regime da colaboração premiada, como a garantia do *nemo tenetur se detegere*, o direito ao estado de inocência, os princípios da isonomia e da individualização da pena, e, ainda, o princípio da publicidade e o regime de sigilo previsto na lei, tecendo considerações sobre os prêmios legais decorrentes do regime jurídico do colaborador.

No capítulo quatro pretendemos identificar e estudar a relação da colaboração premiada com a justiça consensual, visando obter a dimensão desta influência decorrente da imprescindibilidade do acordo firmado entre o Estado e o imputado para a obtenção dos prêmios legais.

Analisamos a natureza do acordo de colaboração premiada, seus pressupostos e requisitos, bem como os legitimados. O procedimento de produção do acordo judicial também é aqui investigado.

Pela influência da justiça consensual na colaboração premiada, buscou-se identificar as modificações que esta influência trouxe no papel das funções essenciais à Justiça: magistratura, Ministério Público, e advocacia.

Prosseguindo-se, passamos a discorrer ainda neste capítulo sobre as hipóteses de resolução do acordo de colaboração, e, por fim, os efeitos produzidos pelo acordo tanto no próprio processo, quanto os efeitos externos por ele produzidos.

A natureza probatória da colaboração premiada é analisada em capítulo próprio, no qual apresentamos o procedimento probatório concernente à colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13, enfatizando as conhecidas fases deste procedimento: a investigação, a proposição, admissão, produção e valoração da prova decorrente da colaboração, com destaque para a regra da corroboração instituída pela lei.

Procuramos com o trabalho, enfim, apresentar a colaboração premiada de forma sistematizada, com apresentação de elementos doutrinários nacionais e estrangeiros, não se descurando da análise jurisprudencial dos Tribunais pátrios, com anotações sobre a jurisprudência estadunidense, italiana e espanhola, tudo de forma a fornecer um trabalho acadêmico que possa contribuir de algum modo para o aperfeiçoamento do estudo do relevante tema apresentado.

2 COLABORAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS GERAIS

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO INSTITUTO

Sem a pretensão de levantarmos exame detalhado e aprofundado da evolução do instituto da colaboração premiada, dadas as limitações do presente trabalho, buscaremos realçar alguns precedentes jurídicos com valor histórico atinentes ao instituto em âmbito mundial e nacional.

O direito romano pode ser reconhecido como um dos primeiros marcos históricos da colaboração premiada¹. Este direito foi marcado no tocante à persecução penal do crime por fases distintas. Na primeira, situada entre as origens de Roma até o fim da República, havia a centralidade do sistema romano quanto à “vingança privada”; a segunda, coincidente com a época clássica, que vai desde o fim da República até o terceiro século do Império, foi constituída pela etapa de composição voluntária; a última, que abarca desde o século IV da era cristã até a época de Justiniano, fase esta em que a composição voluntária tornou-se obrigatória, não havendo, no entanto, a ideia de que o Estado era ofendido com o crime, estando a situação sob o domínio do interesse privado. Posteriormente, o Estado passou a se considerar ofendido pela prática de alguns delitos, como homicídios, passando de forma direta a buscar a punição do delinquente, iniciando-se, assim, a ideia do processo penal.²

Quintanar Diez, fundado na lição de Luraschi, assenta que o direito penal substancial e processual eram os que mais evidenciavam a dimensão premial, na

¹ Garcia Paz remonta o direito premial ao direito romano:” El origen del Derecho Penal premial es, no obstante, muy antiguo y se remonta al menos al Derecho Romano, a propósito de los delitos de lesa majestad (en la Lex Cornelia de sicariis et veneficiis) para pasar después al Derecho Canónico y Común medieval.”(PAZ, Isabel Sánchez García de. EL coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 07-05, p. 05:1- 05:33. Disponível em:<<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.). No entanto, Guzmán Dalbora entrevê a origem da delação premial nos acusadores privados profissionais da Grécia Antiga (sicofantas) que tomam para si a tarefa de cuidar dos interesses públicos, podendo denunciar qualquer pessoa por crime de lesão ao Estado, e não raro extorquindo pessoas para deixarem de formular a acusação (GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Do prêmio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, p. 209-235., abr./jun. 2011.). Não concordamos com o jurista chileno, pois o prêmio deve ser dado pelo Estado como recompensa pela delação, a fim de que se configure o instituto objeto deste trabalho. No caso grego, havia mera extorsão de particulares e não premiação estatal, não podendo, pois, ser entendido este como raiz histórica da colaboração premiada.

² SCHIAVO, Nicolás. El juicio abreviado: otra búsqueda de confesión en el proceso penal. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p.459-493, 2001.

modalidade de arrependimento *post delictum* de colaboração, tal como ocorre nos ordenamentos modernos.³ Assenta o autor que no período republicano, no qual havia o início do processo penal por meio de iniciativa de qualquer pessoa do povo, eram conferidos prêmios aos acusadores vencedores, visando com isso tornar mais eficiente a atividade de repressão penal, dado que havia a carência de magistrados e funcionários que se encarregavam desta repressão.⁴ O setor em que este arrependimento adquiriu maior relevância foi na regulação dos crimes políticos, sobretudo os crimes de lesa-majestade, em que havia sido colocado em perigo os interesses públicos, prevendo-se o pagamento de prêmio em dinheiro ou outra vantagem jurídica ou econômica como retribuição premial, a quem houvesse dissociado-se do concurso de agentes ou da associação criminosa e cumulativamente tivesse colaborado de algum modo com os órgãos estatais.⁵ Vale a observação de que o sistema premial não possuía previsão normativa estruturada, sendo concedido as retribuições premiais, ao menos da República até o período imperial, caso a caso, por meio de atos excepcionais, ficando afastado o benefício em relação a alguns crimes capitais.⁶

No direito canônico, de índole inquisitorial, havia especial valor dado às declarações do culpado arrependido, sendo estabelecido nos Tribunais do Santo Ofício a possibilidade de que a delação dada por testemunhos de excomungados e corrêus pudessem provar o crime increpado, desde que fosse ratificada por um testemunho de um cristão, ficando afastada a condenação quando baseada a delação em declarações de inimigos capitais do imputado.⁷ Assim, mesmo neste sistema inquisitivo puro, era vedada a condenação exclusivamente fundada na palavra do colaborador do Tribunal.

Nas Ordenações Filipinas⁸ já havia previsão de que o agente que confessasse crime de lesa majestade e aquele que revelasse a conduta enquanto não descoberta da

³ DIEZ, Manuel Quintanar. *La justicia penal e los denominados "arrepentidos"*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 20.

⁴ DIEZ, Manuel Quintanar. *La justicia penal e los denominados "arrepentidos"*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 25.

⁵ DIEZ, Manuel Quintanar. *La justicia penal e los denominados "arrepentidos"*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 23.

⁶ DIEZ, Manuel Quintanar. *La justicia penal e los denominados "arrepentidos"*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 24.

⁷ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 21-22.

⁸ As Ordenações Filipinas resultaram da reforma feita por Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal), ao Código Manuelino, durante o período da União Ibérica. Continuou vigindo em Portugal ao final da União, por confirmação de D. João IV. Até a promulgação do primeiro Código Criminal do Império, de 1830, e complementado pelo Código de Processo Criminal de 1832, regulava o Direito Penal do Brasil (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Bernardo Pereira de Vasconcelos e o Código Criminal de 1830. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 9, n. 17,

prática por terceiro poderiam ser perdoados, o que configurava verdadeira hipótese de delação premiada.⁹

Na Idade Moderna, na Espanha, existiu o ofício de delator (intriguista), que costumava cobrar uma parte dos delitos por ele denunciados, permitindo os juízes que os cúmplices atuassem como delator, quando o crime tivesse sido praticado por mais de uma pessoa, premiando-o com uma parte da pena pecuniária, atenuando-se sua responsabilidade penal ou até mesmo isentando-a.¹⁰

Os juristas do iluminismo, como Beccaria, após sopesarem os benefícios e inconveniências da adoção de prêmios na seara penal, posicionaram-se contra a adoção da premiação à delação com benefícios penais¹¹, sendo reconhecido ser prática comum no regime posterior à Inquisição¹².

No âmbito europeu, após a Revolução Francesa e com a superveniência dos sistemas acusatórios, a colaboração premiada foi perdendo força em razão da reação aos sistemas processuais inquisitórios puros,¹³ com os quais era identificada naquele momento histórico, já que servia ao propósito de proteção ao Antigo Regime e da Inquisição.

p.337-353, jul./dez. 2012).

⁹ CORDEIRO, Nefi. Delação Premiada na legislação brasileira. *Revista da AJURIS-Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Ano 26, n. 75(Set 99). Porto Alegre: AJURIS, 1999, p. 274-275. Lauand explicita que no título CXVI, do livro V, as ordenações apresentavam disposição assemelhada à colaboração premiada: “Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou poer qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Príncipe meu filho, ou em falsar sinal de algum Vêdor de nossa fazenda, ou Desembargador, ou de nosso Official Mor, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em couzas com besta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em a dar, ainda que morte dela não se siga, em matar atraioadamente, quebrantar prisões e Vadêas de fora per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, por fogo acinte para queimar fazenda, ou pessoa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo carcereiro, em entrar em mosteiro de freiras com propósito desonesto, em fazer falsidade em seu Ofício, sendo Tabelião, ou Scrivão, tanto que assi der à prisão os ditos malfeitores, ou em cada um deles, e lhes provar, ou forem provados, cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos malefícios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte.”(LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 24).

¹⁰ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Do prêmio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, p. 209-235., abr./jun. 2011

¹¹ Afirmava Beccaria: “Certos tribunais oferecem a impunidade ao cúmplice de um grande delito que trair os seus colegas. Esse modo de proceder apresenta algumas vantagens; porém não está livre de perigos, pois a sociedade autoriza, desse modo, a traição, que repugna os próprios celerados.” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 44)

¹² PAZ, Isabel Sánchez García de. EL coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-05, p. 05:1- 05:33. Disponível em:<<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

¹³ Consideramos aqui o sistema inquisitivo puro, aquele no qual, dentre outras características, há a fusão no mesmo órgão da figura do juiz e do acusador público, e não a distinção entre as formas de gestão da prova e do poder probatório do magistrado.

A colaboração processual manteve sua relevância apenas no tocante ao sistema anglo-saxão, dada à sua íntima relação com o sistema do *plea bargaining* e da justiça consensual, na qual geralmente há alguma colaboração do agente com as autoridades públicas, sendo conhecida na Inglaterra como *supergrass*. Fischer em sua pesquisa anota exemplos de acordos (pleas) envolvendo casos criminais desde 1789, anotando, inclusive que na *Court of Common Pleas* (Middlesex Court) 73% dos casos ocorridos no período de 1789 a 1790 terminaram em acordos criminais¹⁴. De qualquer forma, como afirma Hendler, o sistema do *plea bargaining*, originado de princípios do direito comum inglês, consolidou-se nos Estados Unidos a partir do último terço do século XIX¹⁵. Para Garcia Paz, no Direito Anglo-saxão, os colaboradores da justiça, conhecidos como *witness crown* obtêm imunidade processual (*grant of immunity*) em troca de seu testemunho, decorrendo, ainda, de transações penais (*plea bargaining*), que permitem ao imputado que testemunha contra coautores uma redução da condenação.¹⁶ Neste sistema, os colaboradores da justiça funcionam segundo uma lógica negocial relativa à renúncia do *privilege against self-incrimination* em troca de atenuações da pena ou sua imunidade ao contrário da lógica premial própria do sistema da *civil law*.¹⁷

Guzman Dalbora entrevê a delação premiada nos Estados Unidos nos anos de 1850 a 1890, em especial, no Texas, na figura da *talla*, que é o uso da faculdade de prender ou matar impunemente, com a promessa de um prêmio em dinheiro, os réus fugitivos de delitos graves. Estes fugitivos ficavam à mercê dos sheriffs, investigadores privados, associações de ganadeiros e as autoridades públicas, que receberiam o prêmio em dinheiro caso conseguissem prendê-los “vivos ou mortos”.¹⁸

No século XX, o instituto da colaboração é revigorado no sistema da *civil law* com a necessidade de se combater o crime organizado e o terrorismo, vindo a ser previsto em legislações consideradas de emergência, fenômeno este que para Hassan Choukr é:

¹⁴ FISCHER, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargain in America*. California: StanfordUniversity Press, 2003, p.22.

¹⁵ HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1996, p. 198

¹⁶ PAZ, Isabel Sánchez García de. EL coimputado que colabora com la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 07-05, p. 05:1- 05:33. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

¹⁷ GOMES, Luis Flavio. Lei de proteção à vitmas e testemunhas: primeiras impressões. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 7: críticas e sugestões: justiça criminal moderna: proteção à vítima e testemunha, comissões parlamentares de inquérito, crimes de informática, trabalho infantil, tv e crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 358-359.

¹⁸ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Do prêmio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, p. 209-235., abr./jun. 2011.

“[...] aquilo que foge aos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade”.¹⁹

Nesta seara, na Itália, o fenômeno foi visto com a introdução de normas nos últimos anos dos anos 60 e nos anos 70 e 80 quando o problema da criminalidade e da resposta normativa-institucional se evidenciou como problema político.²⁰

Ferrajoli identificou fases distintas na legislação de emergência italiana²¹. A primeira, compreendida no período de 1974 a 1978, trouxe maior poder à polícia judiciária no tocante à ampliação dos meios de investigação dos crimes de terrorismo e da criminalidade organizada, mas não teria atingido os direitos individuais previstos constitucionalmente. Na segunda fase, ocorrida entre 1979 e 1987, a magistratura, não mais a polícia, passa a assumir a luta contra o terrorismo, com a instituição de normas legais, que além de aumentarem o prazo da prisão preventiva e introduzirem novas regras para as provas emprestadas, trouxeram a previsão de redução de pena para os colaboradores da justiça; depreende-se do Decreto-lei 625, de 15 de dezembro de 1979, convertido na Lei 15, de 6 e fevereiro de 1980, e a Lei 304, de 29 de maio de 1982, que, dentre outras disposições, cuidaram das figuras do “dissociado, do “arrependido” e do “colaborador”. Ferrajoli²² assenta que nesta fase ocorreu uma ‘ligação perversa’ entre a prisão preventiva e a colaboração processual, na qual o preço das confissões e colaborações não se limitaram apenas à redução de pena, mas foram acrescidas de consequências que para o jurista italiano seriam ilegítimas, tais como a cancelamento de imputações e liberações antecipadas, mediante complicadas operações de desconto de penas e falta de exercício da ação penal, passando, inclusive, pelo favorecimento de fugas ao exterior dos arrependidos para subtrair do processo a verificação das declarações sob contraditório em juízo, afirmando que cabia ao réu apenas acusar terceiro, acusar-se ou pedir clemência, o que importava na modificação do ônus probatório do acusador, passando ao acusado. Nesta fase ocorreu elevada violação das garantias constitucionais.

Quintanar Diez identifica a terceira fase da legislação de emergência na Itália no período de 1988 até os dias atuais. Nesta fase há uma prorrogação e expansão da “cultura

¹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

²⁰ STORTONI, Luigi. Criminalità organizzata e legislazione di emergenza. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 3, p.40, dez. 1992.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, v. 2, n. 2, p.271-292, mai./ago. 1984.

²² FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, v. 2, n. 2, p.283-284, mai./ago. 1984

do pentitismo”, que passou a abranger além do terrorismo, também a criminalidade decorrente da Máfia e do tráfico de drogas, e, posteriormente, até o crime de corrupção de funcionários públicos²³. Nesta fase insere-se a conhecida operação *mani pulite*, na qual foi usada de forma mais evidente a figura dos *pentiti* na apuração da criminalidade decorrente das atividades mafiosas.

Na Alemanha foi introduzido no ordenamento daquele país a Lei de 9 de junho de 1989, que, após modificação por posteriores diplomas legais, teve vigência de junho de 1989 até a 31 de dezembro de 1995. O mencionado diploma legal trouxe, visando a investigação e persecução penal do crime de terrorismo e delitos conexos a ele, a possibilidade do juiz atenuar ou remir a pena, conferindo, ainda, a possibilidade de que o órgão acusador renunciasse à persecução penal, com a suspensão do processo em relação ao colaborador da justiça que contribuísse para impedir a consumação do delito, para esclarecer o delito em que tenha participado e para levar à captura de um dos coautores do crime.²⁴ Esta norma, dada sua vigência temporária e pré-determinada bem demonstra sua natureza de norma instituída em sede do que se convencionou designar-se de legislação de emergência. De qualquer forma, ainda vige no Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch*, StGB) o art. 129, que regula o delito de associação criminosa permite que o juiz atenuar a pena ou afaste-a sempre que o autor: 1. Esforce-se voluntariamente e sinceramente em impedir a continuação da associação ou a prática de algum dos delitos da associação; revele voluntariamente delitos cujo planejamento conheça e ainda possam ser evitados. Quando houver o arrependimento ativo e eficaz do autor e seja alcançado o impedimento ao prosseguimento da associação, não será apenado. Disposições semelhantes estão previstas na associação terrorista e tráfico de drogas.²⁵

Na Espanha, no ensejo da luta contra o movimento terrorista²⁶ foi introduzida a colaboração premiada com a Lei Orgânica 3, de 25 de maio de 1988 que introduziu a possibilidade de remissão da pena para terroristas que colaborassem com a justiça. Posteriormente com a Lei Orgânica nº 10, de 23 de novembro de 1995, novo Código Penal,

²³ DIEZ, Manuel Quintanar. *La justicia penal e los denominados “arrepentidos”*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 90-91.

²⁴ DIEZ, Manuel Quintanar. *La justicia penal e los denominados “arrepentidos”*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 205-221.

²⁵ PAZ, Isabel Sánchez García de. EL coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 07-05, p. 05:1- 05:33. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

²⁶ Pode ser lembrado aqui a organização terrorista ETA que atua no conflito basco, que é um conflito armado ocorrido na Espanha contra o Movimento de Libertação Nacional Basco, um grupo social e político de organizações bascas que buscam a independência da Espanha e da França.

a colaboração premiada foi estendida ao tráfico de drogas, passando a prever como requisitos para os benefícios legais: abandono voluntário das atividades criminosas, confissão da participação no crime, colaboração ativa para impedir a prática do delito ou para obter provas relevantes para a identificação ou captura de outros coautores ou para impedir a atuação das organizações criminosas, tendo sido posteriormente suprimida a necessidade de confissão dos fatos para a obtenção de tais benefícios.²⁷

Volvendo-se ao Brasil, após o hiato de mais de um século, o instituto da “colaboração premiada”, ainda que sem esta denominação, voltou a ser previsto no ordenamento jurídico desde a promulgação da Lei nº 8.072/90, passando pela previsão instituída pela Lei nº 9.080/95 que alterou a Lei 8.137/90, que regula os crimes contra a ordem econômica, ordem tributária e contra as relações de consumo; pela revogada Lei nº 9.034/95, que tratava dos meios processuais para a prevenção e repressão à ação de organizações criminosas, pela Lei nº 9.269/96, que deu nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal; cite-se, ainda, a Lei 9.080/95, que incluiu o art. 25, § 2º, na Lei 7.492/86, prevendo a redução de pena para o agente que confessasse o crime contra o sistema financeiro nacional e que revelasse toda a trama delituosa.

A Lei nº 9.613/98, que trata dos crimes de “lavagem” de capitais inovou o ordenamento jurídico ao ampliar os benefícios concedidos aos colaboradores, incentivando-se a colaboração, porquanto passou a prever também a possibilidade de concessão de perdão judicial, além de outorgar benefícios na execução da pena, o que antes não era previsto no ordenamento pátrio, aproximando-se do ordenamento jurídico italiano, que garante benefícios também em sede de execução de julgado para os *pentiti*. A partir deste diploma legal houve um relevante aumento do emprego da colaboração premiada para investigar casos de crimes financeiros vinculados à lavagem de capitais²⁸. A Lei 12.683/12 ampliou as hipóteses de cabimento da colaboração premiada no mencionado diploma legal.

Posteriormente, a Lei nº 9.807/99, reguladora dos programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas buscou ampliar a aplicação do benefício da colaboração premiada, pois intentando permitir sua incidência para todos os crimes²⁹, ao

²⁷ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9-10.

²⁸ Há notícia, por exemplo, de que ao menos dezenove acordos de delação premiada foram firmados durante o processo conhecido como caso Banestado perante a Justiça Federal do Paraná (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas, com comentários artigo por artigo à Lei 9.613/1998*. 2 ed. Ver atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 176).

²⁹ A norma passou a ser a legislação de referência em relação ao direito premial (CARVALHO, Salo de;

contrário dos demais diplomas legais que sempre restringiam sua aplicação a apenas alguns delitos.

A Lei nº 10.409/02, que tratava da repressão aos crimes envolvendo entorpecentes previa de forma genérica a possibilidade de acordo entre o Ministério Público e acusado para o fim de obter a colaboração do agente, com previsão de redução de pena e até mesmo a possibilidade de se deixar de oferecer ação penal. Contudo, teve vigência por breve lapso temporal, com o que deixou de possuir relevância ao cenário da colaboração processual, embora tenha sido pioneira na menção ao acordo de colaboração premiada.

A Lei nº 11.343/06, que trata da repressão ao tráfico de drogas também prevê a possibilidade de redução de pena de um a dois terços para o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

A Lei 12.850/13 trouxe muitas inovações sobre a colaboração processual, pois sistematizou o procedimento de acordo de colaboração premiada, prevendo direitos e obrigações para as partes envolvidas, além de tipificar um procedimento para a homologação judicial do acordo de colaboração.

É de se concluir, pois, que antes da Lei 12.850/13, a colaboração premiada era prevista no país apenas no tocante ao direito penal material, ou seja, apenas em relação aos benefícios legais concedidos aos colaboradores, sem que houvesse a sistematização da matéria em seu âmbito processual.

A colaboração premiada vem sendo empregada de forma incipiente no país, mas marcante, na persecução penal de crimes contra a Administração Pública, crimes financeiros e crimes de associação criminosa e organização criminosa, sendo o exemplo mais relevante do valor da colaboração premiada no cenário jurídico nacional a notória “Operação Lava-jato”³⁰.

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. 248)

³⁰ Investigações e ações penais que apuram crimes de lavagem de capitais, corrupção, fraude à licitação, dentre outros, praticados no âmbito das operações da empresa Petrobrás, que está retratada na internet em página oficial do Ministério Público Federal.(BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Lava-Jato. Disponível em:<<http://www.lavajato.mpf.mp.br/>>. Acesso em 5 mai. 2015.)

2.2 COLABORAÇÃO PROCESSUAL

O vocábulo colaborar tem origem latina na palavra *collaboro*, que possui entre seus significados: trabalhar com, cooperar, participar, ter ação efetiva para, concorrer e contribuir.³¹

Destes significados, verifica-se que a ação de colaborar possui um sentido jungido a um comportamento do agente que busca ter uma ação efetiva junto a outrem, colaborando com este terceiro, trabalhando junto com este. Este sentido pode ser melhor compreendido na análise do vocábulo na língua inglesa, que assume o significado de trabalhar com alguém para produzir alguma coisa³², ou seja, pela união de esforços entre pessoas produz-se algo novo.

Assim, em um sentido vulgar, qualquer pessoa que coopere para a prolação da prestação jurisdicional pode ser reconhecida como colaborador processual, tais como as testemunhas, os peritos, os intérpretes, tradutores, dentre outros, pois todos em algum grau cooperam para esta prestação.

Buscando uma acepção mais técnica, impõe-se reconhecer outras limitações jurídicas.

A lei faz distinção entre estas categorias de pessoas, chamando os peritos, intérpretes, tradutores, servidores do Poder Judiciários de auxiliares da justiça, como o faz o Código de Processo Civil³³ e o Código de Processo Penal³⁴, enquanto às testemunhas e vítimas dá tratamento específico em disposições relativas à produção da prova³⁵.

Com fulcro em tal regramento legal, a doutrina entende que auxiliares da justiça são “todas aquelas pessoas que de alguma forma participam da movimentação do processo, sob a autoridade do juiz, colaborando com este para tornar possível a prestação jurisdicional”, impondo-se excluir as partes, que são sujeitos autônomos do processo e as testemunhas, que são antes de tudo fonte de prova.³⁶

³¹ HOUAISS, Antonio. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=colaborar>. Acesso em: 12 abr. 2016.

³² MACMILLAN english dictionary. Londres: Macmillan Publisher, 2002, p. 260.

³³ Art. 149 do Novo Código de Processo Civil: “São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.”

³⁴ Este diploma legal engloba os peritos, os intérpretes e os funcionários da justiça como “auxiliares da justiça”, como se depreende do Título VIII, do Código de Processo Penal, intitulado: “Do juiz, do Ministério Público, do acusado e defensor, dos assistentes e auxiliares da justiça”.

³⁵ Arts. 201 a 225 do Código de Processo Penal e arts. 442 a 463 do Código de Processo Civil.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria*

Dado a este enquadramento específico, é de se concluir que do sentido jurídico do conceito de colaboração processual ficam afastadas tais pessoas. Desta maneira, mostra-se ser mais científico que a fixação do conceito de colaboração processual atente-se ao seu aspecto subjetivo, a saber: deverá ser integrado ao conceito de colaboração processual a cooperação prestada apenas pelos sujeitos principais da relação processual e não aquela prestada por terceiros ao feito.

Além do requisito subjetivo, vislumbra-se um componente objetivo: a necessidade de um comportamento específico do sujeito processual para que se tenha configurada a colaboração processual, pois dada à estrutura do processo, a maioria dos atos processuais das partes podem, em última análise, ser considerados úteis para a consecução da prestação jurisdicional.

Assim, para que se possa considerar configurada a colaboração das partes, exige-se um comportamento diferenciado e qualificado que seja diverso daquele usualmente praticado, isto é, um comportamento do sujeito do processo que seja contrário ao interesse normalmente defendido na relação processual.

Na seara cível, podem-se citar exemplos de colaboração processual a confissão da parte contrária em seu depoimento pessoal, a indicação à penhora de bens pelo devedor, o pedido de desistência da ação pelo autor, dentre outros.

Na seara penal, há a colaboração processual quando o acusado confessa o crime, quando indica o local em que estão armazenados os bens subtraídos durante a investigação policial, quando indica outros coautores do delito, enfim, quando o imputado³⁷ contribui para a apuração do crime pelo qual está sendo processado, dado que em princípio tais comportamentos são contrários ao interesse de quem busca ser absolvido, que é o objetivo comum dos imputados.³⁸

A colaboração processual ostenta sentido mais restrito no processo penal, porquanto o Ministério Público, parte-autora da maioria das ações penais, ante as

Geral do Processo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p.198.

³⁷ Adota-se neste trabalho a lição de Scarance Fernandes sobre o conceito de imputado, que deriva do vocábulo latino *imputatio*, pela qual, analisando-se de forma ampla a imputação criminal, pode ser conceituada como o juízo de atribuição a alguém da prática de uma infração penal, independentemente de estar esta formalizada em um ato específico, estando configurada ainda quando da investigação criminal e posteriormente durante o processo. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100-103)

³⁸ É certo que nem sempre o acusado busca ser absolvido, pois em muitas oportunidades a prática forense mostra a ocorrência de verdadeiros arrependimentos pelo agente criminoso, que busca sua condenação como expiação do mal por ele cometido contra terceiros. Contudo, estas exceções não afastam a constatação geral de que, em regra, o objetivo do imputado é obter sua absolvição, ainda que seja de fato culpado pela prática do delito.

peculiaridades da sua atividade processual³⁹, não poderá colaborar com o processo, configurando-se a colaboração processual apenas por parte do imputado, eis que também o magistrado pelas características de sua imparcialidade não poderia cooperar com o processo, uma vez que o dirige.

A colaboração processual penal pode, pois, ser entendida como a conduta do imputado que coopera com as autoridades responsáveis pela persecução penal⁴⁰ visando à elucidação do sua responsabilidade penal ou de terceiro.⁴¹

Na companhia de Araujo Silva, preferimos a designação de colaboração processual, mesmo em se considerando que a colaboração do acusado poderá ocorrer na fase pré-processual, na medida em que a:

adoção da expressão processual segue a tendência internacional no tratamento do tema. Embora do ponto de vista prático seja possível tanto a colaboração pré-processual do investigado, como a colaboração processual do acusado, a doutrina estrangeira tem optado pela adoção da expressão *lato sensu*. Do ponto de vista jurídico, portanto, colaboração processual não engloba apenas a fase processual, assim como o Direito Processual Penal não disciplina tão-somente matéria processuais, mas também aquelas relativas à fase de investigação criminal.⁴²

Dito isto, é se de constatar que a recompensa não se insere como requisito para a caracterização do instituto,⁴³ uma vez que a colaboração do imputado pode ocorrer sem que dela se extraia qualquer recompensa ao colaborador.

Pode ser citado o exemplo do furtador que delata o coautor ainda não identificado do delito, mas não confessa o crime,⁴⁴ hipótese em que tal delação não estará

³⁹ Justamente por ser parte imparcial, que tem como objetivo institucional a produção de uma sentença justa, podendo, para tanto, desde requerer a improcedência da ação penal, até impetrar *habeas corpus* em favor do acusado, não se entreve como Ministério Público pode colaborar com o processo penal agindo de forma contrária ao seu interesse processual.

⁴⁰ Será usado neste trabalho a expressão persecução penal visando englobar tanto a atividade investigativa própria do inquérito policial ou dos procedimentos criminais de investigação do Ministério Público, quanto o processo penal propriamente dito.

⁴¹ Para Lauand, colaboração processual são: "[...] todas as formas de postura cooperativa do imputado, com a autoridade policial, judiciária, ou com o Ministério Público, que auxiliem na obtenção de provas na persecução penal." (LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 49.)

⁴² SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: procedimento probatório*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75.

⁴³ Em sentido contrário: LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 47.

⁴⁴ Ainda que nessa circunstância a jurisprudência e doutrina entendam não haver muito valor probatório na delação, o fato é que esta cooperação certamente constitui colaboração processual com as autoridades responsáveis pela persecução penal.

acompanhada de qualquer prêmio legal ao agente,⁴⁵ mas inegavelmente configura a colaboração do agente com a persecução penal. Passa-se a analisar esta forma de colaboração sem prêmio.

2.2.1 Delação e chamamento de corréu

A delação (ou chamamento de corréu) tem como significado “[...] o mesmo que acusar ou denunciar, i.e., apontar alguém como autor do ato ilícito, imoral ou criminoso, ou revelar a existência de determinado fato.”⁴⁶, apresentando Gustavo Badaró o conceito de que é a: “[...] a afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação no crime como seu comparsa.”⁴⁷, ou simplesmente, como o faz o jurista italiano Achille Melchionda, é: “[...]a indicação, por parte de quem é imputado, de outra pessoa como responsável, ou corresponsável, do crime que estão sendo processados ou de um crime conexo.”⁴⁸

A delação e o chamamento de corréu diferenciam-se pela circunstância de que este pressupõe a existência de um processo comum em que tanto o delator como o delatado estão sendo acusados em juízo pela prática do mesmo crime ou de crime conexo, enquanto aquela pode ser realizada por um imputado a qualquer outro terceiro, independentemente da existência de relação jurídica com este terceiro.⁴⁹

A natureza jurídica da delação e do chamamento do corréu é controvertida, sendo considerado pela doutrina confissão, testemunho ou um gênero específico.

⁴⁵ A Lei nº 9.807/99 passou a prever a possibilidade de redução da pena em tal hipótese, mas na visão jurisprudencial os benefícios somente serão concedidos caso preenchidos os requisitos cumulativos previstos no art. 13 do mencionado diploma legal, o que é de difícil ocorrência na prática forense (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.477.982 – DF. Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em:14 abr. 2015. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45011275&n_um_registro=201402181189&data=20150423&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 jun. 2015.

⁴⁶ FRANÇA, Rubens Limongi (coord). *Enciclopedia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 23, p. 136.

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 450-451.

⁴⁸ MELCHIONDA, Achille. La chiamata di correo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 10, n. 1, p.148-208, jan./mar. 1967.

⁴⁹ Inegavelmente há relação jurídica entre os réus de um mesmo processo, dado que mesmo em recurso exclusivo do outro acusado, o acusado inerte poderá ser beneficiado, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal: “No caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.”

Para Suannes, a delação ostenta dúplici natureza: na parte em que o acusado reconhece a prática criminosa há mera confissão e na parte em que atribui a responsabilidade do delito a terceiro, estaria agindo como testemunha.⁵⁰

Araujo da Silva aduz que o interrogatório no qual se faz a delação deixou de ser meio de defesa em razão do conteúdo acusatório, mas não pode ser considerado um testemunho, razão pela qual vem recebendo o nome de testemunho impróprio.⁵¹

Tendo em vista que o delator não pode ser contraditado pelas partes, não presta compromisso de falar a verdade, não pode ser arrolada pelas partes, conforme entende a jurisprudência, e não é terceiro à lide, ostentando interesse no processo, entende Gustavo Badaró que o delator não é testemunha nem na parte em que faz a delação.⁵²

Já segundo Camargo Aranha, a delação não poderia ser configurada como testemunho, dado que este somente se configura quando for terceiro equidistante das partes e sem interesse na solução da demanda, sendo, pois, a delação uma prova anômala.⁵³

Grinover assenta que:

O legislador não considera o acusado como testemunha, pois essa condição só pode ser atribuída a um terceiro em relação à causa. (...) De outro lado, deve ser igualmente sublinhado que o legislador, depois de estabelecer as regras para a realização do interrogatório do acusado (arts. 185 usque 196), passa imediatamente a falar da confissão (arts. 197 e segs.), numa claríssima alusão de que a única prova que pode eventualmente resultar da inquisição do réu é a admissão dos fatos a ele imputados. Não pode o réu, evidentemente, confessar fatos praticados por outras pessoas. (...) Daí a nossa conclusão no sentido de que a delação do co-réu não pode ser considerada prova. Se não se trata de testemunho, nem tampouco de confissão; se não existe para o acusado nem mesmo o dever de veracidade, não pode evidentemente fundar o convencimento judicial, principalmente quando se trata de sustentar uma condenação.⁵⁴

Na Itália a natureza jurídica da *chiamatta in correità*, dada à controvérsia doutrinária, foi sedimentada pela jurisprudência italiana como uma natureza jurídica autônoma como meio de prova, afastando-se da mera confissão ou natureza testemunhal.⁵⁵

⁵⁰ SUANNES, Adalberto Alonso. O interrogatório judicial e o art. 153, §§15 e16, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, n. 572, p. 283-290, jun. 1983.

⁵¹ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais penais da lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 450-451.

⁵³ ARANHA, Adalberto José Queiroz Teles de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 200, p. 472-473.

⁵⁵ CHIARA, Giuseppe di. Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 30, p.217-236, 1987.

A essência da chamada do corrêu é a acusação do imputado contra terceiro, que pode ser movida pelo desejo de exoneração de sua responsabilidade, ou pelo desejo de responsabilizar um corrêu.⁵⁶

Baseado nesta essência da delação, a delação de corrêu não pode ser considerada como mera prova testemunhal, por não ser o acusado terceiro desinteressado ao processo, nem pode se resumir à confissão do agente, até porque a confissão não é inerente à delação, pois pode haver a delação sem a confissão. Assim, a delação deve ser considerada como um meio de prova autônomo e diverso da confissão e da prova testemunhal.

A doutrina italiana distingue a chamada de corrêu em imprópria e própria, configurada esta quando ocorre o reconhecimento pelo delator da sua responsabilidade pelo crime cometido e aquela quando simplesmente denuncia terceira como autor do crime,⁵⁷ distinção esta válida, dado que ostentam características que induzem efeitos jurídicos diversos.

A delação imprópria está mais afinada à origem romana do instituto, tendo em vista que o vocábulo delação decorre da palavra latina *delatio*, que significava no direito romano a faculdade reconhecida a todos os cidadãos de acusar o suposto culpado de um crime,⁵⁸ ou seja, não se exigia qualquer assunção de responsabilidade para que se pudesse denunciar terceiro da prática de um delito.

Já a delação própria, está mais vinculada aos contornos modernos do instituto trazido pelo precursor do direito penal J. Bentham trazendo a ideia de inculpação de terceiro por parte de um imputado criminal.⁵⁹

A distinção fundamental dos efeitos da delação própria e imprópria reside indubitavelmente em relação ao valor probatório de cada uma destas espécies.

Embora não seja necessária a confissão do imputado para a caracterização da delação, é indubitável que a existência da assunção de responsabilidade pelo imputado traz maior credibilidade às suas declarações quando comparada à mera delação imprópria.

A doutrina majoritária realça a imprescindibilidade da confissão do imputado para que a delação (ou chamamento de corrêu) possua densidade probatória suficiente para que

⁵⁶ MELCHIONDA, Achille. La chiamata di correo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 10, n. 1, p.148-208, jan./mar. 1967

⁵⁷ BONETTI, Michele. La 'chiamata di correo': rassegna critica. *L'Indice penale*, Padova, 20, p. 58, 1986.

⁵⁸ ARMARIO, Faustino Gutierrez-Alvis y. *Diccionario de derecho romano*. 4 ed. Madrid: Reus, 1995, p. 184.

⁵⁹ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 57.

possa embasar um decreto condenatório⁶⁰, afastando-se a possibilidade de que seja inspirada somente por ódio e que não simule um propósito oculto de atenuar a própria responsabilidade.⁶¹

É cediço, ainda, que a chamada de corrêu para ter valor probatório deve, além da necessidade do agente confessar sua responsabilidade, ser produzida em sede de contraditório judicial, ou seja, não se admite força probatória quando produzida na fase pré-processual, devendo, em juízo, ser oportunizado ao defensor do delatado formular perguntas ao delator, submetendo-o ao *cross examination*, tudo a fim de que seja resguardada a ampla defesa prevista constitucionalmente. Sem estas precauções, ocorrerá a nulidade absoluta do ato processual.⁶² E caso ocorra a delação na fase policial, retratada em juízo, esta poderá ser considerada mera *notitia criminis*⁶³ sem efeitos judiciais.

Por outro lado, a jurisprudência vem reconhecendo que a delação deverá ser analisada diante de todo o contexto probatório, a fim de que possua força probatória para conduzir à condenação do acusado.⁶⁴

2.3 DIREITO PREMIAL E COLABORAÇÃO PROCESSUAL

O prêmio é requisito facultativo para a configuração da colaboração processual, mas imprescindível, por definição, para a colaboração premiada, razão pela qual se impõe tecer algumas observações sobre o direito premial no qual se insere o prêmio

O direito premial pode ser definido como

⁶⁰ Pode-se citar: GOMES, Luiz Flavio, Cervini, Raúl. *Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 164; ARANHA, Adalberto José Queiroz Teles de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 99; NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 99.

⁶¹ PENTEADO, Jacques de Camargo. *Delação premiada*. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 633.

⁶² A título exemplificativo, Maria Thereza de Assis Moura, em voto vencedor proferido no Superior Tribunal de Justiça, reconhece sobre a ausência da faculdade de reperguntas pela defensor do delatado ao delator nulidade absoluta, assentando que: “a nulidade é daquelas de cariz absoluto, visto que, servindo-se o juiz da delação para o fim de condenar o co-réu, impossibilitado de apresentar reperguntas, será evidente e insofismável o prejuízo para a dialética processual, condição *sine qua non* para a escorreita produção da prova. Golpeado de morte restará, pois, o contraditório.”(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 83.875 – GO.Partes: Rui Cesar Mendonça e Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Rel para acórdão: Min. Martia Thereza de Assis Moura, j. 25 mar. 2008)

⁶³ Na Itália, há quem entenda, inclusive, que a chamada de corrêu, mesmo em juízo, deveria ser equiparada a mera *notitia criminis*, ao não se enquadrar como prova testemunhal no tocante a terceiro. Cf. MELCHIONDA, Achille. *La chiamata di correo*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 10, n. 1, p.148-208, jan./mar. 1967.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 993.08.030426-2. Rel. Des. Aben-Athar. Julgado em 21 out. 2010.

“[...] o conjunto de normas jurídicas que ligam diretamente um comportamento augurado a uma contraprestação positiva. O ponto comum dessas normas é a existência de uma sanção positiva, isto é, a disposição de uma recompensa para aqueles que se enquadram na conduta esperada.”.⁶⁵

O direito penal é um dos ramos do direito menos adaptados ao direito premial, dada à lógica do princípio do *nullum crimen sine poena*,⁶⁶ ou seja, em razão de que cometido o crime, deve haver a cominação da pena estipulada em lei, sendo, em princípio, ofensivo ao sistema penal a concessão de reduções de pena.

Embora fundado na teoria de Jeremias Bentham, para quem as recompensas oferecidas ao criminoso por denunciar seus cúmplices seria um mal, dada à impunidade, mas um bem, caso não exista outra maneira para se identificar os demais autores, Benevides Filho informa que o primeiro trabalho específico sobre direito penal premial foi publicado pelo juiz francês Raoul De La Grasserie, que afirmou ser a sanção penal uma reação social ao crime, e, por outro lado, a sanção premial uma reação à virtude, declarando que o prêmio seria o reconhecimento por um ato heroico e virtuoso e não apenas a retribuição por um serviço, como afirmava Bentham.⁶⁷

Como afirmava o jurista Luis Jiménez de Asúa, que é indicado como o consolidador do direito premial, o prêmio e o castigo são os móveis que movimentam a vontade dos homens, sendo estes inatos à consciência humana, afirmando, ainda, que o direito premial não se resume ao aspecto utilitarista; antes busca para muitos um valor supremo, que é a justiça.⁶⁸

Pelo princípio da simetria, Asúa reconhece que existem os “atos recompensáveis”, que se subtraem à regra da legalidade e da taxatividade, e os atos sancionados penalmente, declarando que, de forma antagônica às sanções penais (negativas), há as recompensas (sanções positivas), sustentando que o emprego da recompensa contribuiria para a prevenção geral dos delitos.⁶⁹

⁶⁵ BENEVIDES FILHO, Mauricio. *A sanção premial no direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 12.

⁶⁶ RUGGEIRO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 17.

⁶⁷ BENEVIDES FILHO, Mauricio. *A sanção premial no direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 65-67.

⁶⁸ PISANI, Mario. Luis Jiménez de Asúa e il diritto premiale. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua*, Madrid, n. 11, p.543-4, jun. 1986.

⁶⁹ PISANI, Mario. Luis Jiménez de Asúa e il diritto premiale. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua*, Madrid, n. 11, p.544-5, jun. 1986.

Dada sua função reintegratória de eliminar ou atenuar a situação de dano causado pelo crime, a norma premial é justificada como forma de recuperar o respeito ao bem jurídico ofendido pelo crime.⁷⁰

Contribuindo ao estudo do tema, Musco⁷¹ assenta que a premialidade pode ser entendida sob três prismas. O primeiro normativo, compreendendo as vantagens conferidas pela lei ao sujeito por um comportamento incidente ao ilícito penal ou à culpabilidade, ou, ainda, por um comportamento ocorrido quando da execução da pena, que visa essencialmente a conferir uma dimensão premial ao direito penal moderno, em contraposição à sua tradicional função repressiva. O segundo prisma tem como enfoque o momento executivo da sanção penal, compreendendo todos os institutos jurídicos que preveem vantagens e/ou possibilidade de recuperação, ainda que parcial, da liberdade do agente em seguida a um comportamento positivo indicativo da evolução de sua personalidade. O terceiro prisma tem o enfoque sócio-criminal decorrente de legislações de emergência, consubstanciado na relação de troca entre a colaboração processual com a autoridade judiciária, podendo haver a extinção da punibilidade ou da atenuação da pena como contraprestação estatal.

Estudando a transformação do processo histórico-social da passagem das constituições liberais clássicas para o constitucionalismo assistencial, Bobbio conclui que um dos resultados desta transformação atinge a teoria geral do direito, passando-se de técnicas tradicionais de sanção-coação, que buscavam garantir os fins do Estado liberal, para técnicas de encorajamento fundada em uma concepção de função promocional do direito, visando incentivar comportamentos desejados por meio de incentivos e prêmios. Assenta, inclusive, que: “[...] enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal, no segundo o bem ao bem.”⁷²

Como afirmava J. Bentham é preferível a impunidade de um dos coautores do que a de todos os sujeitos do crime, ainda que o pior dos criminosos possa eventualmente ser

⁷⁰ RUGGEIRO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p.18.

⁷¹ MUSCO, Enzo. La premialità nel diritto penale. *L'indice penale*, Padova, v. 20, n. 3, p.591-611, set./dez. 1986.

⁷² BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manoel, 2007, p. 24-25. O mencionado jurista prossegue no mesmo texto, afirmando existir diferença entre prêmio e incentivo, sendo este uma recompensa posterior ao comportamento realizado e aquele como sendo uma facilitação ex ante ou concomitante à formação da conduta que se busca estimular.

premiado.⁷³ Ainda que este raciocínio jurídico conduza a uma injustiça pela não punição (ou sua minoração) de um agente criminoso, deve-se reconhecê-lo como análogo à conhecida lógica garantista de que é melhor muitos culpados absolvidos do que um inocente condenado.

Neste contexto de transformação histórico-social, com a mudança do paradigma sancionatório do direito penal, exsurge a colaboração premiada adequando o dever de punir do Estado à nova concepção jurídica de estimular comportamentos desejados em prol do bem comum, decorrendo da fusão entre a colaboração processual tradicional com o direito premial a moderna colaboração premiada.

2.4 ARREPENDIMENTO E COLABORAÇÃO PROCESSUAL.

Vinculado ao conceito de colaboração processual está o de arrependimento processual, uma vez que, para se arrepender, deve ter o agente cometido um ilícito inicial. O arrependimento, dentre vários significados, possui o sentido de desistir de algo feito no passado,⁷⁴ aqui entendido como forma de tentar corrigir ou minorar o mal feito com a prática do crime, uma vez que o fato pretérito é inalterável.

Os ordenamentos jurídicos preveem de forma comum normas legais que autorizam a redução ou até mesmo a isenção de pena em relação a comportamentos do agente posteriores ao fato típico que indiquem um arrependimento do mal feito, seja mediante a interrupção dos atos de execução, seja em razão de condutas que cessem os efeitos do crime realizado.

Para Padovani, com o comportamento antagonista ao conteúdo intrínseco ou de valor causal diametralmente oposto acerca do quanto já cometido, estas normas tem a função de reintegração da ofensa ao bem penalmente tutelado, o que pode ser reconhecido como a tipificação de hipóteses de arrependimento substantivo em contraste com a tipicidade do fato criminoso. Assenta o jurista que o comportamento posterior do agente ao crime deve possuir um nexó teleológico entre a atividade de arrependimento e eliminação

⁷³ BENTHAM, J. *Théorie des peines et des récompenses* (t.1. *Théorie des peines* ; t.2. *Théorie des récompenses*), (traducida a partir de manuscritos de Bentham por E. Dumont) Londres 1811. APUD PAZ, Isabel Sánchez García de. EL coimputado que colabora com la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 07-05, p. 05:1- 05:33. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁷⁴ HOUAISS, Antonio. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=arrependimento>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

do dano ou do perigo causado pelo fato típico, além da necessária eficiência do comportamento sucessivo do agente, denotando uma precisa destinação finalística do fato premial de salvaguarda do mesmo interesse protegido pela norma incriminatória violada.⁷⁵

Em relação à classificação do arrependimento do acusado, parte da doutrina distingue, como o faz Quintanar Diez sobre a conduta *ante delictum* e a *post delictum*.⁷⁶ O primeiro está relacionado à figura típica do delito, enquanto o segundo funda-se em uma conduta externa ao tipo penal, inserindo nesta o arrependimento processual.

Para esta doutrina, quando o comportamento do agente estiver voltado para minorar as consequências ou eliminar a figura típica, estar-se-ia diante não de um arrependimento processual, mas sim de um arrependimento material com efeitos penais diretos sobre a conduta típica, como é o caso no país da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz previsto na legislação brasileira. Já o arrependimento processual ocorreria com, por exemplo, a confissão do agente ao magistrado durante uma persecução penal.

Carlo Riva reconhece, ainda, que há hipóteses de conexão entre a conduta de arrependimento substancial e processual nos casos em que a lei prevê a colaboração processual do imputado para impedir posteriores violação ao bem jurídico tutelado, tal como a hipótese prevista no art. 73 co. 7 do D.P.R. n. 390 de 1990 no qual se previa como norma premial a ajuda concreta à polícia ou juiz a subtração de recursos relevantes para o cometimento de crimes.⁷⁷

Verifica-se, sob à égide da da Lei 12.850/13 que há hipóteses de arrependimento processual em que o agente efetivamente contribui para a eliminação da figura típica, sem que se possa duvidar da configuração da colaboração processual e não substancial.

Este é o caso, por exemplo, do investigado que indica a localização de uma vítima de sequestro ainda em cativo, fato este que não está abrangido pelo arrependimento posterior, pois se trata de crime violento, nem pela desistência voluntária ou arrependimento eficaz, porquanto o crime já se consumou, não tendo, ainda, impedido o resultado do delito. Aliás, porque não se enquadrava como colaboração substancial do agente, foi necessário a instituição do parágrafo 4º, do art. 159, do Código Penal que

⁷⁵ PADOVANI, Tullio. La soave inquisizione: osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 24, p.529-545, 1981.

⁷⁶ DIEZ, Manuel Quintanar. *La justiça penal e los denominados "arrepentidos"*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 80-84.

⁷⁷ RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei. In MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia; ARNOLD, Jörg (a cura di). *Il Crime organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*. Freiburg: Giuffrè Editore, 2000, p. 347.

institui o que é conhecido pela primeira hipótese de colaboração premiada do agente no ordenamento pátrio contemporâneo.

Por outro lado, a colaboração prevista na Lei 12.850/13 traz hipótese em que estará configurada a colaboração premiada também quando a cooperação atingir a figura típica, não a pretérita, mas a futura, uma vez que uma das hipóteses da colaboração processual premiada é a prestação de informações que impeçam e previnam infrações penais praticadas pela organização criminosa que ainda está em funcionamento, ou seja, a colaboração ocorre de forma concomitante com a infração penal de natureza permanente da organização criminosa.

Assim, como reconhece Valdez Pereira, a estrutura das novas normas premiaias decorrentes da colaboração do acusado altera a anterior lógica premial, passando agora o retorno da legalidade exigir além da reintegração típica a colaboração ativa do imputado à persecução penal, mediante contributo probatório, fundada esta nova estrutura em política criminal.⁷⁸ Neste sentido, Eligio Resta reconhece que o direito premial encerra uma nova estratégia de controle social consistente em valorar favoravelmente o comportamento processual do sujeito que, caso corresponda a um modelo pré-definido, recebe o prêmio da redução da pena.”⁷⁹

A análise do arrependimento substancial ou processual ostenta relevância, na medida em que as normas a ele concernentes são diversas, razão pela qual se impõe buscar uma diferenciação jurídica dos institutos.

Com estas considerações, após a superveniência da Lei 12850/13, a classificação do comportamento do agente como arrependimento processual ou substancial no país deve ser compreendida por duas variáveis necessárias e concomitantes: o destinatário da colaboração – requisito subjetivo - e o momento da colaboração – requisito temporal, independentemente de se atingir a figura típica ou não.

O arrependimento processual estará configurado nas hipóteses em que o comportamento do agente é declarado previamente a uma autoridade responsável pela persecução penal (autoridade policial, membro do Ministério Público ou magistrado), ou seja, não se estará diante de uma colaboração processual quando o agente confessa a prática de um crime para uma testemunha. Jungido a este requisito subjetivo, o

⁷⁸PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

⁷⁹ RESTA, Eligio. Il diritto penale premiale: nuove strategie di controllo sociale. *Dei Delitti e Delle Pene*: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, v. 1, n. 1, p.41-69, jan./abr. 1983.

comportamento do agente deve ocorrer após a instauração da persecução penal, seja por meio do inquérito policial, seja por meio do procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público. Satisfeitos estes requisitos, está-se diante do arrependimento processual, que poderá estar ou não conexo com hipótese de arrependimento de direito material.

Deve-se desde logo assinalar que o arrependimento moral interno do colaborador é irrelevante para a configuração da colaboração processual; a moral interna do colaborador não é abrangida pelo instituto jurídico da colaboração processual,⁸⁰ que se limita a reconhecer nos comportamentos externos positivos do agente visando a cooperação com os trabalhos da persecução penal os requisitos necessários para a configuração do instituto.

2.5 COLABORAÇÃO PREMIADA

Verificado o direito premial no qual se assenta a colaboração premiada, bem como sua relação com o arrependimento do agente, ingressa-se na busca pela delimitação do conceito da colaboração premiada.

A doutrina pátria denomina de forma majoritária o instituto da colaboração processual premiada de “delação premiada”, expressão que busca dar maior realce à suposta “traição” do colaborador,⁸¹ atribuindo ao instituto forte carga ideológica pejorativa, descuidando-se, todavia, de parâmetros científicos. Isto porque a colaboração premiada, como se verá ao longo deste trabalho, não se resume a mera incriminação de terceiro, sendo este apenas uma das hipóteses de colaboração premiada, mostrando-se, pois, a designação tecnicamente incorreta, dado que o conceito da colaboração premiada é mais amplo.⁸²

Por vezes chama-se o colaborador de arrependido, com clara influência da figura dos *pentiti*⁸³ do direito italiano. No entanto, tal denominação também é incorreta, uma vez

⁸⁰ A voluntariedade não se conecta com o arrependimento interno do agente, que pode buscar apenas o desconto da pena por meio de um cálculo de utilidade (RUGGEIRO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 18)

⁸¹ ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Carli, Carla Verissimo de (coord), 2 ed, 2013, p. 530.

⁸² GOMES, Luiz Flavio. Corrupção política e delação premiada. *Revista síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v.6, n. 34, p. 18, out/nov. 2005.

⁸³ Peixoto Marques aduz que o termo *pentiti* do direito italiano está vinculado ao “Estado da Igreja”, com

que o colaborador pode cooperar com a persecução penal sem que tenha qualquer arrependimento interior, buscando apenas o prêmio legal.

A designação “colaborador da justiça”, usada em outros países, mostra-se muito mais adequada do que as anteriores, porquanto a colaboração visa dar maior efetividade justamente à ação do sistema judiciário.

No país, o art. 3º, I, da Lei 12.850/13 trouxe a designação expressa do instituto como *colaboração premiada*, designação esta que nos parece adequada, pois realça os dois componentes mais relevantes do instituto, a saber, a colaboração processual de um lado e o prêmio legal do outro.

A designação legal ostenta, ainda, a relevante função de contribuir para a mudança do preconceito dos doutrinadores pátrios em relação ao novo instituto, afastando a pejorativa designação de “delação premiada” acima mencionada, realçando o novo valor dado pelo legislador ao instituto.

Superada a designação do instituto, e com fulcro no quanto acima analisado, resta analisar o conceito da colaboração premiada.

Define Barbosa Bittar a antiga delação premiada como

“[...]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.”⁸⁴

A definição apresentada pode ser criticada, na medida em que insere a confissão como parte essencial do instituto, o que não é correto, na medida em que pode haver colaboração premiada sem que ocorra a confissão do agente, como já ocorreu, por exemplo, no direito espanhol. Além disso, a definição não dá destaque ao ato de cooperar do agente, destacando mais o prêmio do que o ato do imputado, o que não nos parece adequado.

Seguindo esta linha, Greco Filho aduz ser o instituto hipótese de perdão judicial, redução ou substituição de pena “[...] daquele que tenha colaboração efetiva e voluntariamente com a investigação criminal e com o processo penal, desde que dessa

seus elementos espirituais que influenciavam o direito penal, razão pela qual o colaborador da justiça foi denominado arrependido em razão deste elemento espiritual (MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014, p. 38)

⁸⁴ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5.

colaboração um ou mais dos resultados previstos nos incisos.”⁸⁵ Esta definição não nos satisfaz, tendo em vista o realce nos prêmios de direito penal, olvidando-se dos prêmios de natureza processual.

Sobre o conceito de colaboração premiada, Eduardo Silva afirma que esta:

[...] ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumar (colaboração preventiva) assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva).⁸⁶

Esta definição nos parece inadequada, pois é indubitável que a confissão pode ser classificada como forma autônoma de colaboração premiada, o que afasta a possibilidade de que esteja descrita na conceituação do instituto, e, assim, não acolhemos esta definição.

Aras conceitua o instituto como:

“[...] instrumento de persecução penal destinado a facilitar a obtenção de provas de concurso de pessoas em fato criminoso, próprio ou alheio, e da materialidade de delitos, servindo também para localização do proveito ou do produto do crime ou para a preservação da integridade física de vítimas de certos delitos, ou ainda para a prevenção de infrações penais.”⁸⁷

Para Barra Lima, colaboração premiada é:

Toda e qualquer espécie de colaboração com o Estado, no exercício da atividade de persecução penal, prestada por autor, coautor ou partícipe de um ou mais ilícitos penais, relativamente ao(s) próprio(s) crime(s) de que tenha tomado parte ou pertinente a outro(s) realizado(s) por terceiros, não necessariamente cometidos em concurso de pessoas, objetivando, em troca, benefícios penais estabelecidos em lei.⁸⁸

Por entender que o conceito traz um destaque indevido ao elemento anímico do agente – objetivando os benefícios legais –, que entendemos irrelevante para a caracterização do instituto, deixamos de acolhê-la.

⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

⁸⁶ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52.

⁸⁷ ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla Verissimo de (coord). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 530.

⁸⁸ LIMA, Márcio Barra. Colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH; FISCHER, Douglas; Pelella. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodium, 2010, p. 733.

Ante as críticas acima mencionadas, propomos a seguinte definição: colaboração premiada é o instituto de direito processual penal que atribui prêmio concernente à pena ou a benefícios processuais ao comportamento do imputado que coopera de forma eficaz para com as autoridades responsáveis pela persecução penal⁸⁹ na elucidação do crime, na interrupção da prática delitiva ou no afastamento de alguma das consequências do delito.

A colaboração premiada é instituto de direito processual penal, porquanto desenvolve-se tão-somente na persecução penal, distinguindo-se do arrependimento de direito material, sendo um arrependimento processual, que configura um requisito de ordem formal. Por outro lado, o instituto desenvolve-se a partir de uma inicial imputação a alguém, ou seja, apenas será realizada a colaboração premiada por um dos sujeitos da relação processual e não por terceiros, o que configura um dos requisitos subjetivos. Deve, ainda, a cooperação visar a um dos objetivos assinalados, ou seja, é necessário um requisito finalístico para a configuração do instituto. Por fim, deve ser previsto um prêmio como contraprestação à conduta, que corresponde a um requisito objetivo, prêmio que pode ser duas ordens: material (redução de pena, perdão judicial) ou processual (suspensão do processo, não oferecimento de denúncia).

Em razão do conceito apresentado, identificamos a colaboração processual penal como gênero, sendo espécies desta: a delação de terceiro, o chamamento de corréu, a colaboração premiada, subdividindo-se esta, em face da legislação brasileira, em confissão, colaboração premiada genérica, colaboração premiada especial.

A colaboração premiada genérica é aquela prevista na Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, que incide sem que esteja jungida a prática de determinado crime, enquanto a colaboração especial compreende todos as demais colaborações premiadas previstas em leis esparsas e válidas em âmbito de crimes específicos, o que será melhor abordado adiante, mas impondo-se consignar desde já que estão todas inseridas na lógica do direito premial.

Já examinada a colaboração processual sem prêmio (delação e chamamento de corréu), passa-se a analisar as espécies de colaboração processual premiada.

⁸⁹ O conceito de persecução penal neste trabalho segue a de Tucci: "atuação de agentes estatais destinada á verificação da existência material da infração penal e da culpabilidade de seu autor, para a consequente aplicação das normas de Direito Penal material ao caso concreto"(TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.29/30), englobando tanto a fase pré-processual como a fase processual.

2.5.1 Confissão

No processual penal a confissão é a admissão contra si mesmo, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, voluntária, expressa e pessoal, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum ato criminoso,⁹⁰ que é aceita de forma geral pela doutrina.

O objeto da confissão é o fato constitutivo do crime, ou o que vem descrito na imputação, ou seja, quando o agente admite a autoria da prática do tipo penal em toda sua abrangência, alcançando os objetivos normativos, culturais e subjetivos do mesmo.⁹¹

Há requisitos formais previstos para a confissão.

A confissão para possuir efeitos no processo penal deve ser declarada formalmente e de forma expressa, não sendo possível presumir sua ocorrência, nem a considerando como presente por meio de gestos ou comportamentos como ocorre no processo inglês,⁹² afastando a possibilidade de confissão ficta, como ocorre no direito processual civil para os casos de revelia.

Outro requisito para a confissão é que seja voluntária, ou seja, sem que seja obtida por meio de qualquer vício ou ato que viole a liberdade de agir do imputado. Este requisito é essencial para a validade da confissão, pois a supressão da voluntariedade transforma a confissão em ato inexistente juridicamente.

Vale observar que no sistema inquisitivo medieval a confissão era considerada a rainha das provas, mormente em razão do sistema de prova legal,⁹³ assumindo especial relevância.⁹⁴

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 80.

⁹¹ SIQUEIRA, Geraldo Batista de et al. Confissão: objeto e conceito - processo penal na perspectiva do tipo penal. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 26, p.23-25, jun./jul. 2004

⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 447.

⁹³ Como explica Schiavo: “[...] *com el sistema de prueba legal (prueba compuesta o prueba plena), se imponía necesariamente la búsqueda de la confesión para contar con el plexo probatorio necesario para condenar, atento que impedido el juzgador de utilizar su valoración, sin la confesión resultaba difícil encontrar indicios coincidentes que permitieran aplicar la pena al imputado.*” (SCHIAVO, Nicolás. El juicio abreviado: otra búsqueda de confesión en el proceso penal. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p.459-493, 2001, p. 471)

⁹⁴ “Tão importante era ela, que se torturava o pretense culpado para arrancar-lhe o reconhecimento de sua culpabilidade. E, muitas vezes, a tortura era pior que a pena cominada à infração, o que levava o indivíduo, mesmo inocente, a confessar sua pretensa culpa” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 600

E tão relevante é a preocupação sobre o tema, dado ao que ocorre normalmente em regimes autoritários em que a tortura é forma usual de obtenção de provas ilegítimas para a punição de desafetos políticos de tais regimes, que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, em seu art. 8.3 que: “ A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. “

Para a lei basta que seja a confissão voluntária, sendo irrelevante o verdadeiro arrependimento do imputado, ou sua espontaneidade, até porque a “a exigência de que a confissão decorra de uma intenção nobre, não contida explícita ou implicitamente na lei, é uma fonte de injustiça e arbítrio”,⁹⁵ até porque este arrependimento interior não é aferível pelo magistrado, não podendo ser condicionada à motivação do agente.⁹⁶ Neste sentido, inclusive, é a constatação do direito espanhol trazida por Servet pelo qual a razão da atenuante da confissão não se estriba em um fato subjetivo de pesar e constrição próprio do arrependimento do agente, mas sim em razão do dado objetivo da realização de atos de colaboração na persecução do delito.⁹⁷ Além disso, pode ser acrescentado como justificador da confissão de que esta leva à opinião pública uma visão indubitável sobre a justiça do pronunciamento, ficando o juiz confortável, pois ao confessar é o próprio agente quem está se condenando.⁹⁸

No país, a confissão é uma espécie de colaboração premiada, dado que o art. 65, III, “d”, do Código Penal, atribui ao réu que confessa espontaneamente o crime para a autoridade competente um prêmio: o direito ao reconhecimento de uma circunstância atenuante de pena. Isto ocorre porque visa a confissão o “estímulo à verdade processual”,

⁹⁵ FURTADO, Valtan Timbó Martins Mendes. Reflexões sobre a atenuante da confissão espontânea. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 98, p.5-6, jan. 2001

⁹⁶ Em voto proferido no Superior Tribunal de Justiça, o Min. Luiz Cernicchiaro, após refutar a argumentação de que a confissão deveria estar fundada em arrependimento do agente, assentou que a lei: “Buscou, para evitar o erro judiciário, a nobreza do réu, Desejou a lei, isso sim, com a colaboração do acusado, a decisão ser justa. Em contrapartida, diminuiu a pena in concreto. Não se pode condicionar o pormenor à motivação, ou à finalidade.”, (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 23919. Rel. Min. Anselmo Santiago. Julgado em 18 dez. 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200158420&dt_publicacao=13-04-1998&cod_tipo_documento=3>. Acesso em 5 mai. 2016)

⁹⁷ MAGRO SERVET, Vicente. Análisis de la circunstancia atenuante de confesar a las autoridades la infracción delictiva (art. 21.4 del CP). *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 4, n. 41, p.110-115, set. 2007.

⁹⁸ MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado?. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 9B, p.373-398, 1999.

privilegiando “a atitude do réu que dá ao juiz a certeza necessária á condenação, diminuindo a probabilidade do erro judiciário.”⁹⁹

Embora a lei assim considere a confissão como causa genérica de redução de pena, sua relevância em relação à pena não é de grande monta. Isto porque na prática forense impera o costume dos magistrados em fixar para réus primários a pena-base inicial em seu patamar mínimo, desconsiderando-se as circunstâncias e consequências do delito. Por outro lado, é entendimento jurisprudencial pacífico nos Tribunais Superiores que as atenuantes genéricas previstas em lei não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal.¹⁰⁰ A combinação destas circunstâncias, com o reconhecimento de que a reincidência prepondera sobre as demais atenuantes, a teor do art. 67 do Código Penal, conduz a que na prática a redução da pena trazida com a confissão seja muito pouco aplicada.

Dado que a confissão se vincula ao reconhecimento da responsabilidade penal do agente pelo fato imputado na ação penal, a confissão parcial não é admitida como atenuante, tal como ocorre quando o agente confessa que estava com a posse de droga, ou seja, admite a base fática da imputação, mas nega a intenção do tráfico, ou seja, o dolo que configura o crime em questão.¹⁰¹

A confissão pode ser classificada em relação à sede em que é prestada: judicial ou extrajudicial (ocorrida no inquérito ou no procedimento de investigação criminal junto ao Ministério Público) , e, ainda, em relação ao seu conteúdo pode ser simples, quando apenas se limita a atribuir a si a responsabilidade penal, e qualificada, quando além de admitir os fatos, alega qualquer fato ou circunstância que exclua o crime ou o isente de pena.¹⁰²

⁹⁹ FURTADO, Valtan Timbó Martins Mendes. Reflexões sobre a atenuante da confissão espontânea. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 98, p.5-6, jan. 2001.

¹⁰⁰ Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

¹⁰¹ Neste sentido é a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal:, como é declarado pela própria Corte em recente julgado “Firme é a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se aplica a atenuante da confissão espontânea para efeito de redução da pena se o réu, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio. Neste sentido, dentre outros, Habeas Corpus n. 73.075, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 12.3.1996; 71.903, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 9.8.1996. Para a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, faz-se imprescindível que o Paciente tenha confessado a traficância: situação não havida na espécie.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 108.148/MS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 7 jun. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1275837>. Acesso em: 4 mai. 2016.)

¹⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 601. No entanto, há crítica quanto ao entendimento de que a confissão dita qualificada configure realmente uma confissão, dado que o agente nega a imputação criminal, buscando sua isenção de pena, ou seja, não assume a responsabilidade pelo fato típico, ou seja, “Não confirmando qualquer dado objetivo, de natureza normativa jurídica ou cultural, a despeito da resposta positiva á base material descritiva, incoorre o ato de confissão” (SIQUEIRA, Geraldo Batista de et al. Confissão: objeto e conceito - processo penal na perspectiva do tipo penal. *Revista Síntese de*

A confissão tem como característica, ainda, a divisibilidade, ou seja, o magistrado pode considerar apenas uma parte da confissão, desprezando outra, nos exatos termos do art. 200 do Código de Processo Penal, sendo esta regra de julgamento trazida pela lei processual, orientando o magistrado na apreciação das provas.

A confissão a lei atribui a natureza jurídica de meio de prova, como se observa por sua localização tópica indicada no Título VII, Capítulo IV, do Código de Processo Penal.¹⁰³

Outra das características da confissão é que ela é retratável: quanto realizada, o agente pode retirar o que disse, exurgindo daí a necessidade de se analisar as consequências desta retratação. Como anota Badaró, duas posições se formaram: a primeira entende possível a retratação apenas se houver sido prestada com algum vício de vontade, em especial, a tortura ou coação; já para a segunda, fundada na constatação de que “não há direitos adquiridos pela acusação com relação às declarações prestadas pelo acusado”, entende que ela pode ser objeto de retratação a qualquer tempo. Bem constata o jurista que a primeira corrente confunde o conceito de anulabilidade de ato jurídico com retratação, que é um ato de direito potestativo, que se subordina apenas ao desejo do imputado, ao contrário daquele, que é um vício de vontade.¹⁰⁴

De qualquer forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de que o magistrado considere a confissão extrajudicial como elemento probatório suficiente para embasar uma condenação criminal, desde que de acordo com outros elementos colhidos sob o crivo do contraditório.¹⁰⁵

E esta exigência da Corte afina-se ao regramento legal sobre o valor probatório da confissão.

De fato, a confissão não pode possuir, como outrora possuía, valor de prova absoluta, pois o agente pode se autoincriminar por muitos motivos, o que poderia gerar

direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 5, n. 26, p.18-30, jun./jul. 2004)

¹⁰³ Há quem entenda que a confissão é mero resultado eventual do interrogatório (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 449

¹⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 447.

¹⁰⁵ Pode ser citado o recente julgado da Corte: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a condenação do acusado com base em confissão extrajudicial posteriormente retratada em juízo, quando encontrar amparo suficiente nas demais provas produzidas (HC 100.693, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 13-9-2011; HC 103.205, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 10-9-2010; HC 73.898, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ de 16-8-1996).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 4119 / DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Partes: Ministério Público Federal e Anibal Ferreira Gomes – Julgado em 15 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28confiss%E3o+e+crime+e+retratada+e+condena%E7%E3o%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hsakw2g>>. Acesso em 2 mai. 2016)

duas consequências indesejadas: a condenação de um inocente e a impunidade de um culpado. Tourinho Filho anota alguns motivos pelos quais o agente pode querer confessar o crime quando inocente: o desejo de encontrar a morte quando a pessoa não possui coragem para a autoexecução nos países em que admitem a pena de morte para crimes comuns; enfermidade mental; razões de lucro, pois um culpado abastado pode subornar um terceiro para que se autoincrimine em lugar dele; o espírito de sacrifício, pelo qual um parente próximo assume em lugar do outro a posição de culpado em razão de lações sentimentais visando afastar do ente querido a punição; o fanatismo, próprio de extremistas religiosos, que esperam obter de seus deuses uma melhor recompensa após a morte; a intenção de dar tempo ao verdadeiro culpado para que ele possa fugir; para ocultar crimes mais graves.¹⁰⁶

Em razão destas circunstâncias, o legislador instituiu que a condenação de um acusado não poderá estar baseada exclusivamente na confissão nos casos em que se exige prova da materialidade, como nos delitos que deixam vestígios, a teor do art. 158 do Código de Processo Penal. Em outros casos, a confissão judicial obtida sob o crivo do contraditório perante um magistrado, com a assistência de um defensor, cercado por todas as garantias constitucionais, poderá embasar de forma exclusiva uma sentença condenatória, razão pela qual se chegou a iniciar tendência doutrinária de se abreviar o julgamento do processo penal em analogia ao julgamento antecipado da lide, nas hipóteses em que houvesse confissão judicial no interrogatório, que era previsto como primeiro ato do processo penal, e a defesa não postulasse pela produção de prova para se contrapor ao pedido condenatório pugnado pelo autor da ação penal.¹⁰⁷ Esta pode ser reconhecida como a semente doutrinária da abreviação do processo penal brasileiro em face de acordo das partes, como é a transação penal.

Mesmo para quem considera a confissão judicial um elemento de prova como outro qualquer,¹⁰⁸ tem-se que em razão do princípio processual próprio do mundo civilizado da persuasão racional do juiz, com afastamento do sistema de provas legais, qualquer elemento probatório idôneo pode ser usado para fundamentar o convencimento do magistrado sobre a culpa do imputado, como ocorre no mais das vezes em casos de delitos sexuais ou patrimoniais em que a palavra da vítima é suficiente para o

¹⁰⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 601.

¹⁰⁷ ALMEIDA, José Raul Gavião de. Do julgamento antecipado da lide penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, p.124-129, out./dez. 1995.

¹⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 449.

reconhecimento da culpa do imputado, dada à condição de clandestinidade destes delitos. Se assim o é, nada obsta a que a confissão judicial também possa ser usada de forma exclusiva para o reconhecimento judicial da culpa criminal de alguém.

Em verdade, do atual sistema legal, temos que a confissão judicial somente não poderá ser usada para embasar de forma exclusiva a condenação apenas em duas hipóteses: quando exista óbice legal, tal como o mencionado em relação à materialidade do crime ou quando esteja em dissonância aos demais elementos probatórios.

De fato, como se depreende da análise conjunta dos arts. 197 e 200 do Código de Processo Penal, a confissão deve sempre ser analisada em cotejo com todo o arcabouço probatório trazido ao processo. E assim o é a fim de que possa ser constatado se estão presentes as hipóteses excepcionais mencionadas por Tourinho Filho que possam levar à uma autoacusação falsa. Todavia, tais disposições legais não visam rebaixar a credibilidade da confissão como elemento probatório. Em verdade, tais disposições visam tão-somente alertar o julgador sobre esta possibilidade de autoacusação, que, como indica a prática forense, é por demais rara. Possui, ainda, a finalidade didática de afastar a tendência de ser considerada prova de natureza absoluta, que não admitia prova em contrário, afastando-se da influência do antigo sistema inquisitivo.¹⁰⁹

De qualquer forma, é de se criticar o entendimento doutrinário que desqualifica a confissão como meio de prova, fazendo-a uma prova com poder de persuasão menor que as demais, quando justamente é o contrário: embora não seja mais a rainha das provas, ostenta inegável e relevante força probatória para o convencimento da culpa do agente.

Em relação a influência da colaboração do agente decorrente da confissão, é de assentar, ainda, um novo parâmetro de valoração trazido pela jurisprudência.

Em regra, quando o agente culpado se retrata da sua confissão, deixa de colaborar com as autoridades responsáveis pela persecução penal e passa a um comportamento oposto, obstruindo a descoberta da verdade dos fatos. Ainda que tal conduta seja resultado de direito a ele atribuído pelo ordenamento jurídico, mostra-se reprovável a conduta e em

¹⁰⁹ Neste sentido, observa Andrade Moreira que, em reação à antiga prática de tortura para a obtenção da confissão, muitos doutrinadores passaram a pregar uma posição radicalmente oposta ao reconhecimento de que a confissão seja a rainha das provas, passando a comungar o entendimento sobre o desvalor absoluto da confissão, negando-lhe a legitimidade como meio de prova, increpando-lhe a pecha de imoral e cruel por ferir a natureza humana ao admitir a própria culpa, contendo na confissão uma impossibilidade moral. (MOREIRA, Rômulo de Andrade. A confissão parcial impõe a atenuação da pena? Um estudo acerca da confissão como atenuante genérica (artigo 200 do código de processo penal c/c o artigo 65, i, d, do código penal). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p.54-62, out./nov. 2014)

razão disso mostra-se por demais razoável que, dada ao fim da colaboração processual, perdesse o direito à redução da pena.

Contudo, a jurisprudência majoritária traça um novo parâmetro para a redução da pena, fundado na constatação de que qualquer colaboração do réu no sentido da admissão de sua responsabilidade penal, seja na fase pré-processual ou em juízo, é fundamento suficiente para que seja concedido o prêmio, ou seja, a redução da pena, condicionando apenas que a colaboração tenha sido eficaz, ou seja, se usada pelo magistrado para fundamentar a sentença condenatória.¹¹⁰

Por fim, vale ressaltar que a doutrina ainda apresenta alguns requisitos ditos intrínsecos para que a confissão seja válida e gere eficácia probatória, sendo anotado por Enio Rosseto os requisitos da verossimilhança: probabilidade de ocorrência do fato admitido; clareza, isto é, que não possua obscuridade ou ambiguidade; certeza; persistência, ou seja, deve ser uniforme e constante; compatível com as demais provas do processo e a sinceridade do autor da confissão.¹¹¹

2.5.2 Colaboração premiada genérica

Entendemos a colaboração premiada genérica aquela trazida pelos arts. 13 a 15 da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999.

Ao ensejo da criação de normas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas durante investigação e processo criminais, o mencionado diploma legal previu de forma específica a figura do “réu colaborador”, definindo prêmios legais e hipóteses de colaboração eficaz a ensejar os prêmios.

Para a análise dos prêmios legais, o juiz deverá levar em consideração requisitos subjetivos, como a personalidade do beneficiário, e requisitos objetivos, tais como a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso.

O diploma legal disciplinou de forma distinta as hipóteses entre o réu colaborador primário e o não primário, ou seja, aqueles réus que não ostentem contra si condenações criminais transitadas em julgado antes da prática do novo delito, como se depreende do art. 63 do Código Penal, deixando de exigir qualquer requisito subjetivo para a concessão dos prêmios legais.

¹¹⁰ Neste sentido é a Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal."

¹¹¹ ROSSETO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 105-116.

Em ambas as hipóteses, a norma exige a colaboração eficaz do agente, dando a definição legal taxativa acerca do conceito de eficácia. Considera a lei que será eficaz a colaboração se esta contribuir para: a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, a localização da vítima com vida e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Em relação à hipótese relativa aos réus reincidentes, a exegese literal do texto legal já indica a necessidade da cumulatividade dos resultados para a obtenção da redução da pena.

Contudo, em relação à hipótese de réus primários, dada que o recurso à interpretação gramatical em nada contribui para a solução da questão, surge a indagação inicial sobre o conceito da colaboração no tocante à sua configuração: é necessária a presença concomitante destes requisitos para se falar em colaboração eficaz ou apenas um deles isoladamente já é suficiente para tal mister?

A doutrina, visando dar eficácia ao disposto legal, considerou que os requisitos seriam alternativos.

Para Teixeira de Azevedo os requisitos são alternativos, e, assim, presente qualquer um deles, o imputado terá o direito ao prêmio legal, consignando que a colaboração seja efetiva e voluntária.¹¹² Alberto Silva Franco faz distinção entre o primeiro requisito previsto na lei e os demais, atribuindo ao primeiro a obrigatoriedade de preenchimento para o reconhecimento do benefício legais, enquanto os demais seriam facultativos, prescindindo de preenchimento, dado que o cerne da colaboração seria a delação dos coautores do crime.¹¹³ Luiz Flavio Gomes entende que os requisitos são alternativos e que o perdão judicial deverá ser concedido de forma excepcional, de forma que o juiz deverá observar o princípio da necessidade da pena de acordo com o critério da prevenção geral (fundada na natureza, nas circunstâncias e na repercussão do delito) e especial (ausência de perspectiva de que o réu pretenda voltar a delinquir): acaso a pena seja desnecessária, deverá ser concedido o perdão judicial, caso seja necessária, deverá ser reduzida a reprimenda.¹¹⁴

¹¹² AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 83, p.5-7, out. 1999.

¹¹³ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5ed. Ver, atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 357.

¹¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Lei de proteção a vítimas e testemunhas: primeiras considerações. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. *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. v. 7 .p. 366.

Chamado a responder à questão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu serem cumulativos os resultados previstos na lei, assentando que entendimento jurídico diverso causaria incoerência jurídica. Isto porque acaso se entendesse como possível a concessão do prêmio a agente que tivesse concorrido apenas com um dos requisitos mencionados nos incisos do art. 13, o agente receberia prêmio demais desproporcional (perdão judicial), enquanto o réu reincidente, mesmo atendendo a todos os três resultados legais, atingindo maior eficácia, seria beneficiado apenas com a mera redução da pena, ou seja, a colaboração menos eficaz acabaria obtendo maior prêmio do que a mais eficaz,¹¹⁵ embora ainda exista divergência sobre o tema na Corte.¹¹⁶

Tendo em vista que o legislador inadvertidamente criou esta insolúvel incoerência jurídica, que fere o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, há disputa jurisprudencial sobre a restrição ao alcance da colaboração premiada instituída pela Lei 9807/99 pela exigência da cumulatividade dos resultados ali mencionados.

Como consequência desta cumulatividade, a norma que foi criada para alcançar a todos os crimes em que houvesse a eficaz colaboração do acusado para a persecução penal acabou por ficar mais restrita ainda.

De fato, como um dos resultados necessários para a configuração do benefício legal era a localização da vítima com vida ou com a integridade física preservada, o benefício teria cabimento para crimes em que exista vítima com a liberdade restrita durante a prática do crime, e que gere rendimentos econômicos, ou seja, ao crime de extorsão mediante sequestro ou no máximo ao crime de roubo qualificado pela restrição à liberdade da vítima.

No entanto, já havia previsão legal específica neste sentido no art. 159, §4º, do Código Penal, que possui como pressuposto apenas que o coautor ou partícipe do delito denuncie a autoridade os fatos facilitando a liberação do sequestrado, obtendo para tanto a redução de pena de um a dois terços.

Desta forma, a colaboração premiada instituída pela Lei n. 9807/99 que nasceu para se aplicar a todos os delitos de forma indiscriminada, acabou a tornar-se com reduzido

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85.701-9. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 10 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591287>>. Acesso em: 6 mai. 2016.

¹¹⁶ O Supremo Tribunal Federal reconheceu em outra oportunidade a alternatividade dos mencionados requisitos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 89.847/BA. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535857>>. Acesso em 6 mai. 2016)

âmbito de aplicação¹¹⁷ dada à inépcia do legislador. Note-se que há projeto de lei visando modificar a colaboração premiada prevista nesta lei¹¹⁸, mas mesmo assim não se atenta o legislador para a deficiência da norma original, tanto que busca apenas com o novo projeto estender aos condenados a possibilidade de obterem benefícios pela colaboração com as autoridades.

É de se considerar que este diploma legal não se aplica aos crimes nos quais há disposição legal específica, dado ao critério exegético da prevalência da norma especial em relação à norma geral.

Vale ressaltar que o entendimento acima esposado foi modificado pela Suprema Corte ao reconhecer que foram firmados acordos de colaboração premiada com base nesta lei, sendo o mais famoso deles aquele realizado nas investigações que deram origem à ação penal n. 470/MG que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal na apuração de crimes praticados por altas autoridades políticas da República,¹¹⁹ não obstante a inexistência da exigência legal do acordo como condição para a obtenção dos benefícios legais, estando inserido os prêmios legais desta lei no sistema premial e não no sistema negocial, como será adiante analisado.

Por fim, dada à intenção do legislador em expandir a colaboração premiada para todos os delitos, verifica-se aqui claramente a tendência de expansão deste instituto, que possivelmente será instituído para a aplicação para todos os delitos praticados em concurso de pessoas.

¹¹⁷ Em que pese a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça admitiu, em tese, cabimento da mencionada colaboração premiada em alguns crimes de roubo qualificado, mas nos julgados pesquisados acabou por afastar os requisitos necessários à configuração do benefício legal: (Cf: STJ - AgRg no REsp n. 1.254.534/PR 5ª T. Rel. Min. Laurita Vaz j. 23.04.2013; STJ - HC 145.794/RJ, 6ª T. - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 04.12.2012 - DJE 11.12.2012; HC 97.509/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010. Disponível em www.stj.jus.br Acesso em: 6 mai. 2016).

¹¹⁸ Projeto de lei n. 7.228/06, de autoria do Senador Alvaro Dias, que altera a redação do art. 14, da Lei 9.087/99, que originariamente previa apenas a extensão dos benefícios da lei aos sentenciados, mas com a emenda dada pela Câmara dos Deputados passou a incluir o art. 14-A, com a seguinte redação: “Art. 14-A O condenado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação de autores ou partícipes de crimes, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto de crimes cuja a pena máxima seja superior a oito anos, terá a pena reduzida de um quinto a um terço. § 1º A redução da pena do condenado será proporcional a sua efetiva contribuição para o resultado das investigações e poderá ser aplicada mais de uma vez, desde que a aplicação cumulativa do benefício previsto nesse artigo não implique redução superior a um terço. § 2º O condenado que já houver recebido o benefício previsto no artigo anterior poderá usufruir do benefício previsto nesse artigo, desde que a aplicação cumulativa não implique redução superior a dois terços da pena.”

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470 QC terceira/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 23 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590411>>. Acesso em: 6 mai. 2016.)

2.5.3 Colaboração premiada especial

Entendemos como a colaboração premiada especial aquela que possui a aplicação apenas para determinados crimes, sendo característica desta colaboração a previsão em leis esparsas e com benefícios penais diversos, mas todos marcados por possuírem ao menos uma causa de redução de pena,¹²⁰ mediante requisitos distintos.

Em todos os diplomas legais, que não seguem uma abordagem sistemática entre si, há diversidade de tratamento do tema, embora em todos seja descrito a hipótese de colaboração eficaz, bem como o prêmio, sem, contudo, especificar o procedimento da colaboração premiada, com exceção da Lei 12.850/13. A falta de sistematização do instituto nas leis esparsas é percebida na constatação de que em alguns diplomas é exigida a confissão do agente para a configuração da hipótese de colaboração eficaz, enquanto para outros não e sem qualquer motivo a justificar a opção legislativa. Além disso, os prêmios são muito distintos entre si, passando da mera redução da pena, até a concessão de benefícios penitenciários.

O primeiro caso de colaboração premiada especial é a colaboração trazida pelo art. 159, §4º, do Código Penal, que traz a redução da pena de um a dois terços para o crime de extorsão mediante sequestro, conceituando a colaboração eficaz do agente como a simples facilitação da libertação do sequestrado, mediante denúncia do crime para autoridade da persecução penal por coautor ou partícipe do delito. Este conceito de colaboração não exige a confissão do agente e possui como prêmio apenas a redução da pena mencionada.

Outro caso de colaboração premiada é aquela prevista no art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90, que prevê que o participante e o associado do crime do art. 288 do Código Penal (hoje associação criminosa) voltado para a prática de crimes hediondos, tortura, ou terrorismo que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. A redução poderia ser aplicada, ainda, ao tráfico de drogas e afins, mas dada a superveniência de norma que regulou especificamente a questão (art. 35 da Lei 11.343/06), foi ab-rogada a norma no tocante ao crime de tráfico de drogas. Também em relação ao crime de terrorismo, a norma foi derogada pela Lei 12.850/13, pela qual a colaboração premiada passará a ser regida.

¹²⁰ Aplicável na terceira fase da cominação da pena, a teor do art. 68 do Código Penal, distinguindo-se da mera atenuante que é a confissão.

Nos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo,¹²¹ e nos crimes contra o sistema financeiro nacional,¹²² as normas conceituaram a colaboração eficaz como a revelação à autoridade judicial toda a trama delituosa, exigindo a confissão do agente, concedendo como prêmio apenas a redução da pena de um a dois terços. O que destoa das demais formas de colaboração, é que estas colaborações devem necessariamente ser prestadas perante a autoridade judicial, sendo irrelevante que a prestada para qualquer outra autoridade da persecução penal.

Seguindo a tendência mundial no combate ao tráfico de drogas, prevê a Lei 11.343/06¹²³ também a possibilidade de colaboração premiada, fixando da mesma maneira que a norma anterior, mas com a permissão de que a colaboração ocorra perante qualquer autoridade da persecução penal, a redução de um a dois terços da pena,¹²⁴ estabelecendo como hipótese de colaboração eficaz duas situações: identificação dos demais coautores e partícipes do crime quando não houve produto do crime; e quando houver produto do crime, a identificação dos demais coautores e partícipes do crime com a recuperação total ou parcial do produto do crime. A norma traz expressa a preocupação de que a colaboração seja voluntária, o que não foi expresso pelas normas anteriores, ainda que evidentemente estivesse nelas implícita tal exigência.

Nos crimes de lavagem de capitais¹²⁵ houve a previsão de três hipóteses alternativas de colaboração eficaz com as autoridades da persecução penal, sem a exigência da confissão do agente: cooperação genérica para a apuração das infrações penais; cooperação para a identificação dos autores, coautores e partícipes; cooperação para a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Outra inovação decorreu da previsão como prêmio ao colaborador, além da redução da pena, o perdão judicial e a fixação de regime de pena aberto ou semiaberto, com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Não houve aqui restrições às autoridades da persecução penal, tampouco trouxe disciplina sobre o procedimento de coleta da colaboração. Por fim, a colaboração passou a ser admitida a qualquer tempo, ou seja, poderá ser admitida mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Para

¹²¹ Art. 16, parágrafo único, da Lei 8.1371/90.

¹²² Art. 25, §2º, da Lei 7.492/86.

¹²³ Art. 41 da Lei 11.343/06.

¹²⁴ Como anotam Vicente Greco e Daniel Rassi, na forma redigida na lei: “[...] a redução [da pena] é ato do juiz, no momento da fixação da pena, momento em que analisará a possibilidade da aplicação do dispositivo ao caso concreto. Não tem nenhum valor “promessas” ou “acordos” de autoridade policial ou do Ministério Público ou mesmo do juiz antes daquele momento”(GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006.*, 2007, p. 145.)

¹²⁵ Art. 1º, § 5º, da Lei n. 9613/98, com a redação dada pela Lei n. 12.683/12.

Aras, a nova norma pode ser aplicada para os crimes conexos ao crime de lavagem de dinheiro, em especial os crimes antecedentes.¹²⁶

Há a colaboração premiada específica para a apuração do crime organizado e terrorismo prevista na Lei 12.850/13, que é objeto do presente trabalho e será analisada no decorrer deste.

Em todos os prêmios acima mencionados foi prevista a redução de pena do agente colaborador. E esta redução é obrigatória, constituindo-se em causa de redução de pena obrigatória, não estando sujeita à discricionariedade do magistrado: acaso presente a colaboração eficaz, o agente deve ser beneficiado com o prêmio da redução da pena, variando seu montante ou a espécie do prêmio de forma diretamente proporcional ao grau de sua colaboração para o deslinde do processo penal ou da investigação criminal.

Vislumbra-se, ainda, que os acordos de leniência, embora não se configurem como espécie de colaboração premiada específica, a eles se assemelham e serão abordados por suas peculiaridades em tópico próprio.

2.5.4 Acordo de leniência

O acordo de leniência garante a imunidade nas esferas administrativa e penal para o primeiro agente a delatar a infração à ordem econômica, obrigando-se a cooperar com investigações que resulte em punição dos demais envolvidos na infração,¹²⁷ podendo ser definido como:

[...] uma transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal denunciada.¹²⁸

O fundamento do acordo de leniência, tal qual ocorre com a colaboração premiada da lei em estudo, pode ser encontrado na teoria dos jogos desenvolvida na análise econômica, decorrendo do fato de que há situações em que o direito possui poucos

¹²⁶ ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, v. 20, 2012, p. 5-7.

¹²⁷ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 207.

¹²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro, 2014, p. 574.

tomadores de decisões (jogadores) e em que a decisão ótima a ser executada por um deles depende diretamente do que o outro vier a escolher. A teoria dos jogos tem, pois, como objeto de estudo esta tomada de decisões dos “jogadores”, que visa ao equilíbrio matemático de Nash. Este equilíbrio ocorre na situação em que existe uma estratégia ótima disponível a cada jogador, em função da estratégia definida pelo outro jogador, não havendo razão para que os jogadores se afastem do equilíbrio mencionado, na exata medida em que esta situação de equilíbrio mostra que ninguém teria a ganhar mais com uma mudança de posição unilateral.¹²⁹

O acordo de leniência visa, com fundamento na análise econômica, incentivar a quebra da confiança interna dos agentes envolvidos em crimes contra a ordem econômica, em especial, com cartéis, para que colaborem com a investigação destas infrações, facilitando a persecução penal e administrativa, mediante a qual o Estado penalizará a conduta de forma mais leniente, isto é, mais branda.¹³⁰

Seguindo o modelo americano em que apenas o primeiro delator auferia a imunidade,¹³¹ diversamente do sistema europeu em que são admitidos outros delatores, o programa de leniência foi introduzido no país pela Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que alterou a Lei n. 8884/94, introduzindo o art. 35-B, autorizando a Secretaria de Direito Econômico a celebrar acordos de leniência com pessoas jurídicas ou físicas com a extinção total ou parcial das penalidades administrativas cominadas ao cartel, exigindo a confissão do requerente e sua colaboração na investigação. Posteriormente, houve a modificação do instituto pela Lei 12529/11, que trata do sistema brasileiro de defesa da concorrência comercial e ao combate aos cartéis.

O art. 86 da Lei 12.529/11 apresenta os requisitos necessários para a celebração de acordo de leniência com a pessoa jurídica: ser a primeira a comunicar a infração; cessar qualquer envolvimento na infração; ausência de prova suficiente para a condenação das demais pessoas jurídicas; confissão da prática da infração com o compromisso de

¹²⁹ RASSI, João Daniel. Considerações iniciais sobre o acordo de leniência na nova lei anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013). In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (org). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LibreArs, 2014, p. 261.

¹³⁰ RASSI, João Daniel. Considerações iniciais sobre o acordo de leniência na nova lei anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013). In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (org). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LibreArs, 2014, p. 262

¹³¹ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 207. O instituto remonta em especial ao Leniency Program, instituído em 1978 pelo Departamento de Justiça americano, que visava à concessão de anistia em troca de informações dadas pelo primeiro denunciante (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro, p. 575)

participar de todos os atos de instrução. Já para a pessoa física não há necessidade de que seja a primeira a comunicar a infração, embora sejam imprescindíveis o cumprimento dos demais requisitos legais.

Há, ainda, a possibilidade do que a doutrina chama de *leniência plus*. Caso a pessoa jurídica ou natural não consiga realizar o acordo de leniência, poderá denunciar nova infração ainda não conhecida do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Neste caso, poderão desfrutar dos benefícios relativos ao acordo de leniência em relação à nova infração, além de, em relação à infração a qual não conseguiram celebrar o acordo, obter a redução em um terço da sanção administrativa. Pela disposição legal, a leniência plus tem a natureza de causa de diminuição de pena e não propriamente do acordo de leniência.¹³²

A lei faz distinção acerca das consequências do acordo de leniência em função do conhecimento prévio da Administração sobre a infração. Se houve conhecimento prévio, o cumprimento do acordo gera a extinção da punibilidade na seara administrativa; caso contrário, implicará na redução da pena de um a dois terços da sanção.

Na seara criminal, ocorrerá o impedimento do oferecimento de denúncia contra a pessoa física que celebrou o acordo de leniência, gerando a suspensão do prazo prescricional do crime contra a ordem econômica e crimes correlatos.¹³³ Cumprido, ocorrerá a extinção da punibilidade das pessoas naturais celebrantes do acordo de leniência.

Se a autoridade administrativa não aceitar a proposta de acordo de leniência, esta proposta não poderá servir como confissão de culpa pela infração, mas também não impede o início da investigação pela autoridade competente, o que poderá gerar insegurança daqueles possíveis colaboradores.

Discute a doutrina sobre a necessidade da participação do Ministério Público no acordo de leniência que ostenta reflexo penal. Isto porque para parte da doutrina entende-se que, se o Ministério Público, titular da ação penal, não participar do acordo de leniência, a ele não se obriga, razão pela qual poderia legitimamente oferecer denúncia contra pessoa beneficiada pela celebração do acordo, até porque há independência das instâncias administrativa e penal.¹³⁴ Por outro lado, responde-se a este argumento,

¹³² RASSI, João Daniel. Considerações iniciais sobre o acordo de leniência na nova lei anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013). In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (org). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LibreArs, 2014, p. 263.

¹³³ Art. 87 da Lei 12.529/11.

¹³⁴ Martinez afirma, sobre a necessidade de que a persecução penal aguarde seu início pela decisão

aduzindo-se que a lei não faz a exigência desta participação para a aplicação do benefício legal da extinção da punibilidade, aduzindo, ainda, que inexistiria justa causa para que o Estado, por meio do Ministério Público, ingressasse com ação penal após ter o imputado celebrado perante o mesmo Estado, representado pela Superintendência-Geral do CADE, prometendo não ingressar com ação penal.¹³⁵

Esta situação de indefinição sobre os efeitos do acordo de leniência na seara penal traz especial insegurança jurídica aos delatores pessoas naturais. Jorge Silveira observa três ópticas desta insegurança jurídica: a do próprio CADE, consubstanciada na insegurança com relação ao momento de se inscrever como denunciante em razão do dilema do prisioneiro; a do Ministério Público, consubstanciada na possibilidade de que o *Parquet* obtenha os termos do acordo, mesmo sendo confidenciais, entendendo o acordo como confissão de culpa, e, ainda, na possibilidade de que este ajuíze a ação penal competente por não ter sido parte no acordo de leniência, sob a luz do princípio da indisponibilidade da ação penal e, por fim, com o reconhecimento de que o óbice ao ajuizamento da ação penal estaria limitado aos crimes da Lei 8.137/90, art. 90 da Lei 8.666/93 e 288 do Código Penal, podendo o *Parquet* oferecer denúncia por quaisquer outros crimes necessários a prática destes, tal como a falsidade ideológica; e do Judiciário, consubstanciada na aparente inconstitucionalidade do CADE determinar a extinção da punibilidade em face do princípio da reserva da jurisdição.¹³⁶

Entendemos que, *de lege ferenda*, fosse mais adequado exigir a participação do Ministério Público dos Estados¹³⁷ na celebração de acordo de leniência nas hipóteses em que tenha reflexos na seara penal, como aqueles celebrados por pessoas naturais, justamente em razão de ser o *Parquet* o titular da ação penal, além de atuar como fiscal da lei penal, a teor do art. 257, II, do Código de Processo Penal.

administrativa do CADE, que: “Da perspectiva da autoridade penal, o que o CADE faz é valorar subjetivamente os fatos, consubstanciando-se apenas em uma apreciação do ponto de vista administrativo sobre a existência do ilícito. Esse, aliás tem sido o posicionamento dos tribunais superiores – os quais diferenciam a atuação do CADE daquela do Conselho de Contribuintes, sob o argumento de que este determina o valor devido, configurando condição objetiva de punibilidade. [...] Decorrência de nosso entendimento é que a decisão da autoridade administrativa não vincula a autoridade criminal e vice-versa.”(MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 196).

¹³⁵ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Acordo de leniência e seus reflexos penais. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 68, p.32-39, out./nov. 2015.

¹³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro, p. 581.

¹³⁷ Dado que em regra a competência para o julgamento dos crimes contra a ordem econômica recai sobre a Justiça Estadual, na qual se oficia apenas o Ministério Público dos Estados e Territórios.

No entanto, a ausência de participação do órgão ministerial não altera a determinação legal acerca da extinção da punibilidade do agente, restrita aos crimes contra a ordem econômica e os conexos a estes, em função do princípio do *favor rei*. Sendo uma das formas de extinção de punibilidade *ex lege*, não é necessária a concordância do Ministério Público para sua configuração, nem ofende à reserva da jurisdição, tal como ocorre com as demais formas de extinção da punibilidade.¹³⁸

Em verdade, podemos analisar a situação de forma análoga em que ocorre com o acordo de parcelamento de tributos junto à Administração Pública Tributária,¹³⁹ que impede o ajuizamento e o prosseguimento da ação penal, levando a quitação do tributo à extinção da punibilidade do agente sem que seja necessária a participação do Ministério Público no acordo de parcelamento do tributo. Da mesma forma, são formas de extinção da punibilidade a graça, a anistia e o indulto, atos estes concedidos por outros Poderes da República (Executivo e Legislativo) sem que exista qualquer óbice à reserva da jurisdição.

Desta forma, independentemente da conveniência ou não da participação do Ministério Público, em face do princípio da legalidade restrita, o cumprimento do acordo de leniência extingue a punibilidade do agente e a mera celebração do acordo já obsta a ação penal.

Estendendo aos demais crimes contra a Administração Pública, a Lei 12.846/13 criou mais uma figura do acordo de leniência ao regular a responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Por meio do art. 16 e seguintes do diploma legal foi estendido a todos os entes federados a possibilidade de celebrarem no polo ativo acordo de leniência com a pessoa jurídica causadora da infração, desde que esta colabore de forma efetiva com as

¹³⁸ Neste sentido, Martinez reconhece que "O que a lei faz quanto ao instituto de leniência é o que qualquer comando normativo faz: Ela atribui a determinado ato ou fato uma consequência jurídica. Neste caso a extinção da punibilidade decorre de um ato jurídico: a celebração do acordo de leniência entre a União e um autor da infração à ordem econômica, ao qual, desde que tenha seu cumprimento reconhecido pelo Tribunal do CADE, imputam-se consequências normativas. Em certo sentido, a própria *fattisepecie* ou *tatbestand* é a celebração do acordo, a condição de validade ou eficácia do ato jurídico é a declaração do CADE e a sanção (neste caso, uma sanção premial) é a extinção da punibilidade penal. Confundir isto com delegação legislativa inconstitucional indica confusão entre um ato jurídico condicionado (em que a declaração do CADE é condição) e um julgamento (que é norma in concreto) administrativo que usurpava jurisdição penal" (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 218-219). Em sentido contrário, Salomi entende pela necessidade de homologação judicial da decisão do CADE, após análise do cumprimento do acordo pelo signatário. (SALOMI, Maira Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 215.)

¹³⁹ Art. 34 da Lei 9.259/95 e art. 83 da Lei 9.430/96.

investigações, identificando demais autores da infração, bem como fornecendo elementos probatórios para a investigação da infração.

De forma análoga ao quanto previsto na Lei de Defesa da Concorrência, foram estabelecidos os seguintes requisitos: a necessidade de que a pessoa jurídica seja a primeira a manifestar seu desejo de cooperar para a investigação da infração; deve cessar a prática infracional; deve admitir sua participação e cooperar com todas as fases das investigações e do processo administrativo.

Instituiu a lei a obrigatoriedade do sigilo da proposta e do acordo de leniência, que somente terá sua publicidade autorizada após seu cumprimento.

Diversamente do quanto estatuído para o acordo de leniência no tocante à defesa da concorrência, a Lei Anticorrupção não previu a possibilidade de que pessoas naturais celebrem tais acordos, nem previu benefícios legais criminais para estes quando as pessoas jurídicas para quem trabalhem celebrem acordo de leniência, o que indica ter a lei buscado incentivar as empresas a denunciarem seus funcionários envolvidos na infração, permitindo a punição criminal destes.¹⁴⁰ O mencionado funcionário deverá, então, buscar benefícios legais apenas quando entender vantajoso submeter-se a uma das formas de colaboração premiada prevista na legislação e já mencionadas nos itens anteriores.

A norma foi modificada recentemente pela Medida Provisória n. 703/15, que trouxe algumas inovações, como o reconhecimento expresso de que a intervenção do Ministério Público é prescindível para a celebração do acordo de leniência, além de ter reduzido algumas sanções administrativas da empresa celebrante do acordo, consignando, ainda, a possibilidade de que o acordo de leniência seja celebrado mesmo durante o curso de ação de responsabilização judicial movida pelo Ministério Público, abrindo, ainda, a possibilidade de que o acordo de leniência impeça a responsabilidade do agente por ato de improbidade administrativa, por infração contra a ordem econômica e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, limitando, ainda, a atuação dos Tribunais de Contas, sendo alvo de severas críticas.¹⁴¹

Sobre a nova Medida Provisória, Gandra Martins aplaudiu a norma ao ter visado resguardar a função social da empresa, em especial, pela necessidade da manutenção do

¹⁴⁰ RASSI, João Daniel. Considerações iniciais sobre o acordo de leniência na nova lei anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013). In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (org). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LibreArs, 2014, p. 268

¹⁴¹ Neste sentido, por exemplo, LIVIANU, Roberto; OLIVEIRA, Julio Marcelo de. Medida provisória 703 é uma verdadeira aberração jurídica afrontosa à CF. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica>>. Acesso em 12 mai. 2016.

quadro de empregados, bem como de sua função de gerar desenvolvimento econômico ao país, inclusive, com a geração de tributos para a subsistência da estrutura estatal.¹⁴² Contudo, a Medida Provisória caducou e não foi ratificada pelo Congresso Nacional, perdendo sua vigência, voltando o acordo de leniência a privilegiar a responsabilização da empresa, despreocupando-se com a função social da empresa.

Embora não corresponda a uma das formas de colaboração premiada, porquanto não se desenvolve diretamente na persecução penal, mas sim na esfera administrativa, justifica-se sua inclusão neste trabalho dada à intensa repercussão deste acordo na persecução penal.

Em relação às demais formas de colaboração premiada na seara criminal, o acordo de leniência da Lei 12.529/11 difere em dois aspectos: no aspecto subjetivo, pois não é firmado entre as autoridades responsáveis pela persecução penal e sim em relação a outras autoridades administrativas, embora não exista óbice legal a que o Ministério Público participe do acordo, sendo providência inclusive recomendada; no aspecto substancial, dado que não há previsão de redução de pena criminal como prêmio ao colaborador, havendo apenas benefícios mais amplos, como o impedimento do ajuizamento da ação penal e a extinção da punibilidade do agente.

Desta maneira, ante os reflexos penais gerados do acordo de leniência da Lei 12.529/11, e tendo em vista que este acordo poderá ser firmado com a autoridade da persecução penal, inserindo-se, ainda, na lógica do direito premial, é de se considerar que este acordo de leniência ostenta características assemelhadas com a colaboração premiada especial do ordenamento jurídico, embora com esta não se confunda. Evidentemente o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção não pode ser enquadrado como colaboração processual premiada, porquanto não pode ser firmado pela pessoa natural que concorreu para a imputação criminal.

Existe, ainda, uma interação eventual do acordo de leniência do sistema de defesa da concorrência e a colaboração processual premiada, pois caso não sejam preenchidos os requisitos do acordo de leniência, com a recusa do CADE o agente, ainda assim, poderá firmar acordo de colaboração premiada com o Ministério Público, agora na esfera criminal, visando cooperar para a apuração do crime contra a ordem econômica.

¹⁴² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de leniência. Evolução do instituto na legislação brasileira. Abrangência, legalidade e atualidade da MP n° 703/2015. Parecer. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p.05-29, dez./jan. 2016

Por fim, é de se concordar com Gandra Martins para quem “[...] o acordo de leniência para uma empresa corresponde, de rigor, à delação premiada possível para a pessoa física.”,¹⁴³ sendo esta também uma evidente relação entre os institutos.

2.6 MODELOS DE COLABORAÇÃO

As características próprias dos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* geram dois sistemas distintos de colaboração processual do imputado, os quais podem ser classificados em modelos negociais e modelos premiais.¹⁴⁴

Os modelos premiais, fundados no que se denomina direito premial,¹⁴⁵ são caracterizados pela previsão legal expressa de prêmios de caráter penal ou processual ao imputado que colabore de forma eficaz com a persecução penal, com a estipulação legal taxativa das hipóteses de eficácia da colaboração processual, ainda que exista certa discricionariedade regrada do órgão acusador na transação com o imputado-colaborador. Estes sistemas são próprios da *civil law*, sendo os prêmios legais sujeitos ao arbítrio do magistrado.

Uma das características destes sistemas é a insegurança jurídica do colaborador no tocante à retribuição por sua colaboração, pois os prêmios legais somente serão decididos pelo magistrado após a colaboração.

Inserimos aqui o sistema brasileiro em relação à colaboração premiada nas leis esparsas diversas da Lei 12.850/13, em que vige apenas o sistema premial e não o negocial, ou seja, a colaboração premiada depende apenas da efetiva colaboração do agente sem a necessidade da negociação.

Já nos sistemas negociais, próprios da *common law*, há ampla liberdade de negociação entre o órgão acusador e o imputado-colaborador, no tocante à pena e a própria acusação, em seu aspecto de direito e de fato, dado que a lei normalmente não estipula as hipóteses de colaboração premiada, nem os prêmios devidos, que se sujeitam à negociação das partes. Neste sistema há pouca possibilidade de interferência do magistrado na transação penal das partes.

¹⁴³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de leniência. Evolução do instituto na legislação brasileira. Abrangência, legalidade e atualidade da MP n° 703/2015. Parecer. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p.05-29, dez./jan. 2016

¹⁴⁴ AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitório al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 256.

¹⁴⁵ Cf. item 1.3 *supra*.

Este sistema permite ao colaborador ter o conhecimento concomitante à formulação do acordo dos benefícios legais que obterá por meio de sua colaboração, embora potencialize a fragilidade dos imputados frente ao aparato estatal da acusação, pela ausência de igualdade material (recursos, por exemplo) entre as partes contratantes. Podem ser citados o sistema do direito inglês e do direito estadunidense.

Outra classificação dos modelos de colaboração premiada é proposta por García de Paz,¹⁴⁶ embora com grande aproximação daquela já apresentada.

No primeiro modelo por ela identificado, o colaborador está obrigado a prestar depoimento em juízo como condição para obter algum tipo de imunidade para deixar de ser imputado (*Grant of immunity*). Neste modelo o colaborador está exposto a um perigo especial, razão pela qual lhe é concedido uma proteção especial do Estado. Este modelo é aquele existente no sistema anglo-saxão, sendo exemplos deles o sistema inglês, o sistema americano, além do sistema polonês.

No segundo modelo, o colaborador contribui com as autoridades de persecução penal para esclarecimentos de fatos e a identificação dos culpados, sendo sua colaboração analisada pelo magistrado, enquanto a redução de pena ou a exclusão da pena são facultativas ao magistrado. Na medida em que não são obrigadas necessariamente a prestar depoimento perante uma Corte de Justiça não é previsto de forma automática um sistema de proteção a estes colaboradores. É o caso do sistema alemão, espanhol e suíço.

Há um terceiro modelo, no qual há características dos dois modelos anteriores, sendo este o caso do modelo italiano.

A colaboração premiada estipulada na Lei 12.850/13 pode ser incluída no modelo misto, pois, tal qual o sistema italiano, há características dos dois primeiros modelos, uma vez que há a negociação entre o Ministério Público e o acusado, havendo, ainda, a previsão taxativa dos prêmios que podem ser concedidos em lei.

Além disso, o colaborador está obrigado a prestar depoimento em juízo, sob pena de revogação dos prêmios legais, mas o benefício legal a ele atribuído será analisado pelo órgão judiciário competente, que dosará a redução da pena e outros eventuais benefícios processuais ou penitenciários.

¹⁴⁶ PAZ, Isabel Sánchez García de. EL coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 07-05, p. 05:1- 05:33. Disponível em:<<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

Por outro lado, o colaborador não é inserido no programa de proteção de testemunhas de forma automática, embora se adote algumas medidas para sua proteção, que são facultativas e devem ser requeridas pelo colaborador.

Verifica-se que uma das diferenças entre o sistema brasileiro e o italiano é que neste o colaborador da justiça deve ingressar necessariamente no sistema de proteção às testemunhas para após apresentar suas declarações de colaboração. Tal medida visa permitir a análise da comissão instituída para a seleção e acompanhamento dos colaboradores da justiça sobre a necessidade e relevância da colaboração pretendida.

O sistema italiano possui uma ambiciosa integração entre as autoridades da persecução penal e administrativas que dão concretude às medidas de proteção ao colaborador, o que ainda deve ser melhor desenvolvido no país.

2.7 NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada estabelecida com a Lei 12.850/13 possui uma natureza dúplice, decorrente da especial dinâmica que assume em função do referencial subjetivo adotado, uma vez que engloba relações jurídicas estabelecidas entre o colaborador e o Estado e entre o colaborador e o delatado.

Diante desta natureza dúplice, que se inicia com a relação colaborador e Estado, a colaboração premiada assume inicialmente a natureza jurídica de meio de defesa. Posteriormente, quando já cristalizada a natureza de meio de defesa por meio do acordo de colaboração, passa a assumir a natureza de meio de obtenção de prova.

Esta natureza de meio de obtenção de prova visará a demonstração dos fatos mencionados pelo colaborador, podendo ter como referencial subjetivo o delatado, o que será a regra geral, ou até mesmo retornado ao referencial do próprio colaborador, quando a colaboração não contiver delação de terceiro propriamente dita, e visar apenas a indicação da localização de bens, por exemplo. Em suma, será meio de obtenção de prova com o objetivo de se aferir a efetividade da colaboração prestada, a fim de que seja a mesma aperfeiçoada em seus efeitos jurídicos.

Este dinamismo do instituto atuará na fase pré-processual e processual acarretando consequências jurídicas distintas e variáveis no trâmite processual, não sendo possível a análise do instituto apenas em razão de uma de suas naturezas, impondo-se a sua análise em face da unidade que estas duas naturezas formam.

2.7.1 Meio de defesa

A defesa penal pode ser conceituada como “[...] o direito que tem o indivíduo de reagir à ação contra si proposta, a fim de perseguir decisão favorável e, assim, preservar direitos substanciais questionados no processo.”,¹⁴⁷ ou, ainda, como:

[...] direito do acusado, ou sancionado, à tutela jurídica de sua liberdade, ou, também, como o direito de querer a observância das normas, que lhe evitam a lesão do direito à liberdade [...] se instrumentaliza, ou corporifica, em uma série de direitos que a legislação reconhece ao acusado, e proclamados na Constituição, nos direitos fundamentais das pessoas.¹⁴⁸

Este direito interessa a toda a sociedade, porque ao Estado de Direito apenas interessa a sentença justa, fundada no desenvolvimento de uma relação processual afinada com as garantias constitucionais,¹⁴⁹ sendo a defesa uma garantia do acusado e de um devido processo legal.

A defesa gera o alargamento do objeto do processo, aqui entendido como tudo o que se põe ao juiz para ser resolvido sobre o fato, a autoria e a pena,¹⁵⁰ na medida em que a reação defensiva pode incluir novos fatos a serem apreciados pelo magistrado, além daqueles trazidos pelo autor da ação penal.

Forte nestes conceitos, a colaboração premiada possui uma natureza de meio de defesa, pois está inserida em uma estratégia do imputado e sua defesa em como reagir à imputação, a fim de obter o melhor resultado possível em defesa de sua liberdade, que é o foco principal do processo penal.

O imputado pode reagir à acusação proposta pelo Ministério Público por meio de diversas linhas de defesa, podendo resistir à pretensão acusatória através de defesas processuais ou de mérito.

¹⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 25

¹⁴⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano1, n.4, out/dez 1993, 110-125, p. 113-114

¹⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26

¹⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 46.

Esta reação em relação ao mérito da imputação criminal no país tradicionalmente limitava-se a: aceitar a acusação feita pelo órgão acusador, com a confissão do agente,¹⁵¹ buscando-se, quando muito, alguma causa de redução de pena ou negar a acusação, ou a absolvição do agente ou a exclusão da pena, podendo ser a defesa de mérito direta ou indireta. Chama-se direta quando ataca os próprios fatos e a indireta quando apresenta outros fatos que atingem o direito de punir do Estado, tal como a alegação de legítima defesa ou a prescrição ou, ainda, a impugnação à pena cominada em recurso.¹⁵²

No entanto, iniciando-se com os juizados especiais, nos quais se inovou com a criação da transação penal ou, ainda, com a suspensão condicional do processo, começou-se no país de forma tímida a possibilidade de uma nova forma de defesa, a partir da possibilidade de firmar um acordo com o órgão acusador, a fim de obter benefícios legais e nem mesmo ser processado criminalmente.¹⁵³ Todavia, a possibilidade de acordo com a acusação estava restrita a delitos de menor potencial ofensivo (para a transação penal), ou, ainda, a delitos apenados com pena mínima de, no máximo, 1 ano de privação de liberdade (para a suspensão condicional da pena)

De forma mais profunda e marcante, a colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13 ostenta nítido caráter de defesa ao regular e exigir o acordo entre o imputado, seu defensor e o órgão responsável pela persecução penal, como determina o novo diploma legal.

Este acordo entre as partes confere desenvolvimento no processo penal brasileiro de uma relevante forma de reação defensiva à imputação, a saber, a colaboração com as

¹⁵¹ Vale o registro que em alguns países como Portugal o reconhecimento da responsabilidade penal é mais valorizado e tem maior implicação no processo penal, pois a confissão do imputado em juízo em processos com penas privativas de liberdade até 5 anos importa em renúncia à produção de prova no tocante aos crimes confessados, considerando-os provados. (FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p.193-236, mai./jun. 2007, p. 204)

¹⁵² Scarance Fernandes traz a classificação em defesas diretas e indiretas. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30)

¹⁵³ Como afirma Giacomolli: “ Na aceitação da pena criminal alternativa de multa ou restritiva de direitos nas hipóteses de transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95) e na aceitação das condições da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), não ocorre uma renúncia integral às garantias constitucionais, mas a adoção de uma estratégia defensiva, inserida na ampla defesa e do devido processo”(GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 132). Vale aqui registrar que a transação penal possui efeitos bem diversos daqueles contidos no acordo de colaboração premiada, pois é feita apenas na fase pré-processual antes de qualquer imputação criminal, afastando apenas o oferecimento de denúncia. Por outro lado, a proposta de suspensão condicional do processo gera a extinção da punibilidade do agente sem que se discuta sua culpa. Ou seja, de alguma forma ambos os institutos se assemelham parcialmente à postura do imputado no sistema americano do *nolo contendere*, no qual não há assunção de culpa pelo imputado, embora ali exista uma efetiva condenação criminal do agente, inexistente no sistema trazido pela Lei 9.099/95.

autoridades responsáveis pela persecução penal por meio de um formal acordo. Isto porque, como veremos neste capítulo, há a autonomia entre a colaboração premiada instituída pela lei em estudo e a confissão do agente, ou seja, a mera cooperação do imputado com a persecução penal poderá garantir ao mesmo benefícios legais independentemente de ter aceitado a imputação estatal, distinguindo-se, assim, da anterior postura da mera aceitação da acusação.

Por meio da Lei 12.850/13 e no seu âmbito de aplicação, o imputado poderá ter três comportamentos distintos quando sujeito de uma imputação criminal: admitir (parcial ou totalmente) a acusação, negá-la ou colaborar com a persecução penal (com ou sem admissão de culpa.).

A aceitação da acusação criminal pelo imputado até o advento da colaboração premiada pouco lhe aproveitava,¹⁵⁴ dado que a confissão do agente configura no sistema penal pátrio mera circunstância atenuante, que sequer pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como já analisado neste trabalho.

Destarte, como a colaboração processual garante ao acusado benefícios legais muito maiores do que a mera admissão da acusação por meio da confissão,¹⁵⁵ deve ser reconhecida a natureza de meio de defesa da colaboração premiada.

Ao elevar a possibilidade da reação do imputado à pretensão punitiva estatal, a colaboração premiada contribui para o aperfeiçoamento e fortalecimento do direito de defesa do imputado no processo penal brasileiro, suprimindo a lacuna outrora existente e valorizando o comportamento positivo do agente.

Por outro lado, ao contrário do que entende parte da doutrina¹⁵⁶, a colaboração premiada realça ainda mais a qualidade de sujeito processual do imputado ao permitir a ele mesmo a escolha de mais uma forma de defesa, afastando-o ainda mais da simples posição de fonte de prova.

Insera-se, pois, na tendência mundial de previsão de acordos¹⁵⁷ entre acusação e defesa visando a redução de pena ou outros benefícios.

¹⁵⁴ Exceto é claro no sistema introduzido pela Lei 9.099/95 de âmbito restrito.

¹⁵⁵ Situação que, por si só, já gera a necessidade de se reavaliar a admissão da responsabilidade penal no processo penal pátrio, com uma maior bonificação legal e desconto de pena para tal hipótese.

¹⁵⁶ Para Geraldo Prado, a colaboração premiada acaba por: “[...] substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta contra o suspeito, visando torna-lo colaborador, e, pois, fonte de prova!”(PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 11, fev. 2006)

¹⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

2.7.2 Meio de obtenção de prova

Meio de produção de prova pode ser definido como o instrumento ou atividade disciplinado pelo legislador por intermédio do qual os elementos de prova são introduzidos e fixados no processo (que é a produção da prova), enquanto a fonte de prova pode ser conceituada como as pessoas ou as coisas das quais pode-se obter o elemento de prova, podendo ser classificadas em fontes reais ou pessoais.¹⁵⁸

Importa distinguir entre meio de produção de prova e meio de obtenção de prova (ou meio de investigação da prova). Como explana Gustavo Badaró, os meios de prova são aqueles instrumentos que permitem de forma direta influir no convencimento do magistrado acerca da veracidade ou não de um fato (como por exemplo, um depoimento de uma testemunha), enquanto o meio de obtenção de prova (como por exemplo, a busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, que, por sua vez, são aptos a convencer o magistrado, ou seja, os meios de obtenção de prova apenas indiretamente e de forma condicional em decorrência do resultado da aplicação do meio poderão servir à reconstrução histórica dos fatos.¹⁵⁹

Os meios de obtenção de prova, além de normalmente implicarem em restrição a alguns dos direitos fundamentais do imputado,¹⁶⁰ geralmente possuem uma natureza cautelar¹⁶¹ e são, em regra, extraprocessuais,¹⁶² sendo citados com tal qualificação as buscas e apreensões, os sequestros, os exames e vistorias, interceptações telefônicas, quebras de sigilo bancário, ações encobertas e infiltração policial.

Em caso de irregularidade nos meios de prova, ocorrerá a nulidade da prova produzida; já em relação ao vício do meio de obtenção da prova, será esta inadmissível no processo pela violação das regras destinadas à sua obtenção.¹⁶³

¹⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p.303-318.

¹⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 383-385.

¹⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Processo penal*. 3ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 383-385.

¹⁶¹ FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p.193-236, mai./jun. 2007.

¹⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p.303-318.

¹⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. 865 p. ISBN 85-9820-16-5. p.303-318

Existe divergência sobre se a colaboração processual constitui meio de prova,¹⁶⁴ fonte de prova pessoal¹⁶⁵ ou técnica especial de investigação.¹⁶⁶ De qualquer forma, a lei cuidou de qualificar o instituto como meio de obtenção de prova (art. 3º, I, da Lei 12.850/13), no que é secundado também pela doutrina.¹⁶⁷

Em princípio, a colaboração processual, que se consubstancia quando o colaborador aponta um fato delatado, poderia ser considerada como meio de prova, assim como é reconhecida na Itália em relação à *chiamata de correita*,¹⁶⁸ pois dela diretamente podem ser obtidos elementos que convençam o magistrado acerca da ocorrência de um fato, tal como ocorre com as declarações de uma testemunha.

De fato, a colaboração premiada, possui uma estrutura interna complexa, podendo incluir a confissão judicial ou o mero depoimento do colaborador como testemunha, ainda que com restrições, sendo necessário frisar que a execução da colaboração exige que um depoimento seja prestado pelo colaborador. E em se tratando de um depoimento, deveria ser considerado um meio de prova, como qualquer outro depoimento de testemunha, ainda

¹⁶⁴ Para Camargo Penteado, a delação premiada é um meio de prova, que se corporifica por meio do interrogatório (PENTEADO, Jacques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 636.

¹⁶⁵ Para Geraldo Prado, o delator assume a posição de fonte de prova em relação ao delatado, uma vez que a partir do depoimento do delator poderão ser obtidos dados objetivos sobre a prática criminosa de terceiro (PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 11, fev. 2006).

¹⁶⁶ Para Aras, a colaboração premiada insere-se como técnica especial de investigação, definindo esta como “[...] ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e a persecução de crimes graves, que exijam o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental ou testemunhal. Distinguem-se das técnicas convencionais de persecução criminal, porquanto estas em regra não são sigilosas (overt investigations)” (ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla Verissimo de (coord). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2ed. Porto Alegre: Verbo Juridico, p. 505). Não concordamos com a classificação dada pelo autor, uma vez que a expressão “técnica especial de investigação”, remete a um sentido de pesquisa de provas que ocorre mais propriamente no sistema brasileiro na fase pré-processual, ou seja, quando da investigação dos fatos realizada em regra pela polícia judiciária, afastando-se do seu uso em juízo, o que vai de encontro à necessidade de que este meio de obtenção de prova seja (re) produzido em juízo, o que não ocorre, em regra com outras técnicas especiais de investigação.

¹⁶⁷ Neste sentido: ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: RT, ano 21, v. 101, mar/abr 2013, p. 203/226; RASCOVSKI, Luis. A (in) eficiência da delação premiada. In: *Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011. P. 141-199. P. 155.

¹⁶⁸ Na Itália, o depoimento do colaborador processual (imputado em outro crime conexo ou por crime coligado) é considerado como meio de prova (*mezzi de prova*, sendo distinto do *mezzi di ricerca dela prova*), estando ele previsto no art. 197 bis do Código de Processo Penal italiano. Paolo Tonini afirma, por exemplo, que, no tocante à oitiva do colaborador da Justiça à distância, era um meio de prova atípico que se tornou típico com a edição de novo diploma legal (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 109).

que em termos valorativos suas declarações não possam ser igualadas ao depoimento de uma testemunha.

No entanto, diante da salvaguarda legal que impede as declarações do colaborador de serem usadas exclusivamente como elemento probatório apto a embasar uma sentença condenatória, tem-se que apenas de forma limitada a colaboração poderá, pela restrição legal, a convencer o magistrado sobre a ocorrência de um fato. E em consequência disso, a colaboração, por necessitar da corroboração de outros elementos probatório, obriga a que o colaborador indique outras fontes de prova, assumindo, assim, a natureza de meio de pesquisa de prova diversa do depoimento por ele prestado, razão pela qual se concorda com a natureza de meio de obtenção de prova definido pelo legislador.

2.8 ESTRUTURA JURÍDICA

A colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13 segue o padrão próprio do arrependimento jurídico, sendo assim caracterizado: comportamento inicial negativo (conduta criminosa do colaborador), seguido de um comportamento positivo (colaboração com a persecução penal), com uma posterior expectativa de recompensa pelo Estado (prêmios legais).

O comportamento positivo corresponde à cooperação do imputado, sendo este a exteriorização de conduta que legitima o reconhecimento do arrependimento para fins de obtenção dos prêmios legais, sendo de todo irrelevantes para o sistema jurídico a interior conversão de pensamento, seu arrependimento ou sentimento de culpa.¹⁶⁹

A cooperação do imputado pode ser integrada por vários institutos jurídicos, tais como: a) confissão, b) delação; c) oitiva do colaborador; d) acordo de partes; e) prêmio.

Alguns destes elementos são essenciais para o regime instituído pela Lei 12.850/13, como o acordo de partes, oitiva formal do colaborador e o prêmio, sem os quais

¹⁶⁹ Pode-se invocar aqui a lição de Kant no tocante à irrelevância para o direito do motivo interior do agente, sendo irrelevante tão-somente a exteriorização de sua conduta. De fato, “uma conduta se põe de acordo com a Moral, quando tem por motivação, unicamente, o respeito ao dever, ao amor ao bem. Quanto ao Direito, este não tem de se preocupar com os motivos que determinam a conduta, senão com os seus aspectos exteriores. Em duas máximas, expõe o seu pensamento. Em relação à Moral: “aja de tal maneira que a máxima de teus atos possa valer como princípio de legislação universal.”[...] Em relação ao Direito: “procede exteriormente de tal modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com o arbítrio dos demais, segundo uma lei universal de liberdade.”(NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito: de acordo com a lei 13.146/2015 – estatuto da pessoa com deficiência*. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 39)

não se configura a colaboração premiada. Outros são acidentais, como a confissão ou a delação.

Como será melhor analisado no item 5.2 infra, o acordo de partes é essencial à colaboração processual premiada trazida no diploma legal mencionado, dado aos expressos termos legais.

De fato, a colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13 trouxe maior aperfeiçoamento ao instituto da colaboração premiada, prevendo as balizas legais para o procedimento instituidor da colaboração premiada, prevendo diretrizes específicas para a matéria. Comparada aos gêneros anteriores da colaboração premiada, com exceção do acordo de leniência, verifica-se que os anteriores diplomas legais se mostravam rudimentares, inserindo-se apenas na pura lógica premial, trazendo apenas a descrição de alguns prêmios legais, notadamente a redução da pena, sem qualquer preocupação na sistematização do procedimento da colaboração premiada.

Embora esta rudimentar previsão legislativa criasse inegável insegurança jurídica ao imputado e ao processo de responsabilização penal, razão pela qual possuía pouca utilização na prática forense, o fato é que, dado à ausência de procedimento legal previsto, o imputado poderá se beneficiar da redução da pena, mesmo sem que existisse um formal acordo entre ele e as autoridades persecutórias, bastando apenas que colaborasse de forma eficaz com a persecução penal nos limites dados em cada diploma legal.

Assim, se, por exemplo, o imputado de tráfico de drogas delatasse o coautor do delito e indicasse o local em que estavam os bens adquiridos com o proveito do crime de tráfico faria jus ao benefício de redução de pena de um a dois terços, a teor do art. 41 da Lei 11.343/06, independentemente da concordância do Ministério Público ou da autoridade policial.

O prêmio legal, em regra, a redução da pena, possuía, pois, uma incidência automática nos casos das colaborações premiadas rudimentares, como se depreende daqueles diplomas legais, bastando que o magistrado reconheça em sentença a colaboração eficaz do imputado, embora o imputado não tenha a segurança jurídica acerca da valoração da eficácia de sua colaboração.

Diversamente, no sistema criado pela Lei 12.850/13 isso não ocorre. O acordo de colaboração premiada é pressuposto para o reconhecimento dos benefícios legais, não sendo possível ao magistrado a concessão de benefício legal quando não houver acordo formalmente existente e firmado segundo os parâmetros legais.

Na exigência do acordo formalmente estabelecido, o sistema brasileiro assemelha-se ao sistema americano do *plea bargaining*, bem como no sistema italiano em relação aos colaboradores da justiça, que devem firmar um acordo com o Ministério Público, conhecido como *verbale illustrativo*¹⁷⁰, para a obtenção dos benefícios penitenciários e processuais, fazendo-se por meio deste acordo a ligação entre o plano processual e o administrativo das medidas de proteção ao colaborador.¹⁷¹

Outro elemento essencial da colaboração premiada é a oitiva formal do colaborador na qual suas declarações serão reduzidas a termo ou gravadas.

Essas declarações, por sua vez, podem ser instrumentalizadas em interrogatório, quando o colaborador também foi imputado pelo mesmo crime ou apenas em depoimento sobre fatos presenciados ou de conhecimento do imputado, assumindo processualmente, pois, o papel de uma testemunha, definida como “terceiras pessoas que comparecem perante a autoridade para externar-lhe suas percepções sensoriais extraprocessuais: o que viu, o que ouviu, etc.”¹⁷².

Efetivamente, em toda a colaboração premiada, o imputado deverá colaborar com a persecução penal e isto será realizada por meio da formalização da sua oitiva ou por meio de um depoimento¹⁷³, quando se tratar de colaborador-testemunha ou por meio de um interrogatório, quando se tratar de colaborador-imputado. Em ambas as espécies, deverá haver a narração de fatos que serão colhidos pela autoridade competente e depois necessariamente ratificados em juízo, caso produzido na fase pré-processual.

São variados os resultados possíveis do teor da oitiva do colaborador: chamada de corrêu com a identificação de coautores do delito; indicação do local de cativeiro da vítima; indicação dos bens obtidos com a prática criminosa, ou ainda a indicação de uma prova sem a increpação de fatos específicos a terceiros.

Parte da doutrina entende que a chamada de corrêu não pode ser considerada um testemunho¹⁷⁴, uma vez que o imputado não é terceiro ao fato objeto da ação penal e não estaria sujeito ao crime de falso testemunho¹⁷⁵, como já mencionado neste trabalho¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Previsto no art. 16 – quarter do Decreto-lei n. 8/91, introduzido pela Lei n. 45/2001.

¹⁷¹ DE PASCALIS, Paola. Il problema della disciplina del verbale illustrativo in rapporto alla figura dei testimoni di giustizia - art. 16-quater d.l. 15 gennaio 1991, n.8 [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 47, n. 4, p.1266-1278, out./dez. 2004, p. 1268.

¹⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 606.

¹⁷³ Será entendido neste trabalho ntendendo-se neste conceito a amplitude do registro de declarações, englobando-se o interrogatório, quando se tratar de colaborador-imputado.

¹⁷⁴ O testemunho é uma prova complexa, que possui dois componentes essenciais: a narração do fato e o comportamento do depoente (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 150-151).

No entanto, com a nova regulamentação da Lei 12.850/13, as declarações do colaborador podem configurar sim um testemunho, quando, por exemplo, ele prestar informações sobre a prática de crimes de terceiros dos quais não participou, mas que tem conhecimento e que seja relevante à persecução penal do crime organizado.

Exemplificamos nosso entendimento: na hipótese com a situação de alguém que, sendo acusado da prática de integrar organização criminosa, indica ter tomado conhecimento sobre o assassinato de uma vítima por outro integrante da organização criminosa sem ter participado do delito; ou ainda, indica o local em que o chefe da organização criminosa guarda material entorpecente ou o dinheiro obtido com o tráfico de drogas, por exemplo. Nestes casos, o colaborador não está sendo acusado pela prática do tráfico de drogas, nem pelo crime de homicídio, sendo, pois, terceiro em relação aos fatos.

Por outro lado, a objeção de que não pode ser considerado testemunho a parte de suas declarações em relação a terceiro, uma vez que seu depoimento não está sujeito ao crime de falso testemunho não pode mais ser acolhida, mesmo nos casos em que também for imputado pelo mesmo crime, dado ao novo regime jurídico instituído pela lei, com reflexo no direito ao *nemo tenetur se detegere*, tendo em vista que a lei em estudo instituiu forma de responsabilizar penalmente o colaborador pelas declarações falsas que prestar, como será melhor desenvolvido no item 4.2.1 infra.

Podemos considerar, assim, que efetivamente o colaborador quando presta declarações em relação a terceiro será considerado, neste tocante, como uma testemunha, reforçando o entendimento doutrinário que assim entendia mesmo antes da promulgação da lei em estudo.

Outro elemento essencial da colaboração premiada é o prêmio. Os prêmios podem ser definidos como a contraprestação dada pelo Estado pela colaboração do imputado com a persecução penal.

A Lei 12.850/13 previu algumas espécies de prêmio ao colaborador: a) a extinção da punibilidade pela concessão do perdão judicial; b) redução de pena; c) deixar o Ministério Público de oferecer denúncia; d) substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos; e) suspensão do processo penal; f) progressão de pena sem os requisitos comuns.

¹⁷⁵ DI CHIARA, Giuseppe di. Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 30, p.217-236, 1987

¹⁷⁶ Cf. item 2.2.1 supra

Embora estes prêmios sejam objeto de melhor análise no item 4.4 infra, importa desde já distinguí-los da recompensa, que:

[...] corresponde à previsão de gratificação pecuniária ou compensação financeira a terceiros que, sem serem autores, coautores ou partícipes de um crime, prestem às autoridades informações úteis e oportunas para a elucidação da autoria ou da materialidade da infração, a prisão do suspeito ou do acusado, ou a localização de vítimas ou a recuperação de ativos (proveito e produto do crime).¹⁷⁷

As recompensas não são meio de prova, embora constituam instrumentos no auxílio à obtenção de provas, não ostentam previsão em lei federal¹⁷⁸ e normalmente são destinadas a informantes da polícia e a *whistleblowers*¹⁷⁹, que são as pessoas que informam às autoridades competentes o cometimento de infrações ao tomarem dela conhecimento, não sendo estas envolvidas com o crime¹⁸⁰. Como reconhece Amato, o *whistleblowing* insere-se na necessidade do desenvolvimento da “cultura da integridade” por meio da aplicação de valores, princípios e normas de conduta da organização empresarial que opera no setor público.¹⁸¹

As recompensas são usadas no país normalmente para fins de inteligência por forças policiais, sendo necessário que a recompensa oferecida seja relevante e, ainda, que a identidade do informante seja sigilosa. As recompensas são úteis principalmente na investigação de crimes financeiros-econômicos e muito usados nos Estados Unidos.¹⁸²

¹⁷⁷ ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Carli, Carla Verissimo de (coord), 2 ed, 2013, p. 529

¹⁷⁸ Mas podem ser previstas por leis estaduais, dado que não há reserva de lei federal para o assunto por não se tratar de normas penais ou processuais.

¹⁷⁹ Aquele que, na tradução literal, “assopra o apito”, delatando a infração, mas sem concorrer para ela.

¹⁸⁰ Atualmente vem sendo verificado o aumento do uso do *whistleblowers*(que deve estar vinculado com a organização empresarial objeto das irregularidades) nas atividades empresariais, dada à necessidade da implantação de sistemas de *compliance* nas empresas após a instituição das leis que punem pessoas jurídicas, em especial, a denominada Lei Anticorrupção. Há dois sistemas de delação feita pelo *whistleblowers*, uma interna e outra externa, sendo aquela caracterizada pela existência de um órgão interno da empresa que recebe a informação do delator, enquanto esta é configurada pela existência de um órgão externo à empresa para receber a delação. Os modelos de *whistleblowing* vem sendo caracterizados pela confidencialidade, devido ao risco da falibilidade da informação apresentada. Há críticas no sentido de que o emprego deste método dificilmente faz chegar às autoridades estatais o conhecimento sobre a infração penal, dado que esta atinge também a própria sociedade empresarial em sua imagem externa (LOBATO, José Danilo Tavares; PAULINO, Hélder Lacerda. Notas críticas acerca da relação entre criminal compliance e *whistleblowing*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 275, p.4-5, out. 2015)

¹⁸¹ AMATO, Giovanna. Profili penalistici del *whistleblowing*: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, Padova, v. 27, 3-4, p.549-607, jul./dez. 2014.

¹⁸² ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Carli, Carla Verissimo de (coord), 2 ed, 2013, p. 529.

Já em relação aos elementos acidentais, ou seja, aqueles que podem ou não estar presentes na estrutura da colaboração premiada, podemos citar a confissão e a delação.

Sobre a confissão e a delação, ambos os institutos já foram analisados neste trabalho.¹⁸³ Não são estes elementos essenciais, dado que a colaboração premiada estará configurada mesmo quando não houver delação de corrêu, como acima mencionado, ou a confissão do agente.

Deve-se distinguir aqui a valoração da colaboração com sua configuração, pois certamente, em regra, há maior valor probatório nas declarações do colaborador quando o agente confessar o crime, mas a pedra de toque do sistema de valoração judicial da colaboração reside na regra de corroboração¹⁸⁴ e não na confissão do agente, porquanto o colaborador poderá apresentar informações relevantes à persecução penal sem que tenha confessado o crime, o que será apurado mediante a regra de corroboração e não mediante a análise da sua confissão.

A doutrina pátria de forma geral assume como imprescindível a confissão do agente para a configuração da colaboração premiada¹⁸⁵, integrando-a aos elementos intrínsecos da colaboração. Entendemos que a doutrina ainda está influenciada pela forte construção jurisprudencial anterior à vigência da lei 12.850/13, pela qual se analisava não o requisito da delação, mas sim sua valoração judicial.

A confissão não é requisito da colaboração premiada instituída pela nova legislação, embora possa constituir-se em elemento de valoração judicial da credibilidade do colaborador, elemento que ostentava expressiva relevância nos casos em que havia apenas a delação do corrêu contra o imputado.¹⁸⁶ No entanto, a nova legislação trouxe a regra de corroboração, que reduz sobremaneira a relevância dos elementos intrínsecos para a condenação do imputado.

¹⁸³ Cf. Itens 2.2.1 e 2.5.1 *supra*.

¹⁸⁴ Cf. Item 6.5.2 *infra*.

¹⁸⁵ Eduardo araujo da Silva aduz que a verdade da confissão do colaborador deve ser analisada pelo julgador (SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 72); Luiz Flavio Gomes e Marcelo da Silva aduzem ser a confissão um pressuposto de admissibilidade da colaboração (GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 240). Gustavo Badaró assume que a confissão é elemento essencial da delação (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 452)

¹⁸⁶ “[...]partindo da premissa que mesmo sem as informações referentes à atuação do colaborador, a delação se faça eficiente a ponto de desvendar o conjunto da obra criminosa, garantindo a persecução criminal almejada pelo Estado, conclui-se que, para delatar, o corrêu não precisa obrigatoriamente confessar, ainda que essa ausência de confissão torne prejudicada a credibilidade de sua colaboração.”(RASCOVSKI, Luis. A (in) eficiência da delação premiada. In: Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011. P. 141-199. P. 155.)

Vale assentar que no direito espanhol, após inicial exigência da imprescindibilidade da confissão na colaboração premiada, a Lei Orgânica 15/2003, de 25 de novembro de 2003 afastou esta exigência, da qual resultou o lado positivo de fomentar a utilidade da colaboração processual, mas também um lado negativo pode causar distorções no valor probatório do instituto.¹⁸⁷ Saliente-se que o fundamento do arrependimento processual do colaborador é sua disposição de se afastar da prática de novos delitos (abandono voluntário das atividades delitivas) e não sua confissão, a qual, de qualquer forma, não é exigida pela lei brasileira,¹⁸⁸ o que permite que os fatos mencionados pelo colaborador não tenham sua atuação direta.

Contrariamente a esta posição, afirma-se que:

Non se pode admitir que o agente simplesmente forneça à autoridade policial informações sobre a consumação de delitos ou a existência de organização criminosa que não tenha nenhuma relação com os fatos pelo qual está sendo investigado ou acusado, pois, ai sim, haveria mera delação premiada compreendida pelo significado negativo do termo, no sentido de um veículo de vingança e entrega de direferentes e por vezes concorrentes, grupos e agentes criminais.¹⁸⁹

Contudo, discorda-se desta objeção, pois, ainda que exista o risco de vingança do colaborador contra outro membro da organização criminosa, descabe exigir requisitos que a lei não exigiu para acesso aos prêmios legais, mormente porque a colaboração premiada insere-se no amplo direito de defesa do colaborador, que não pode ser restringido por mera vontade do intérprete.

Esta constatação ganha força quando se verifica que uma das hipóteses de fato delatado é aquele que se refere a informação que permita prevenir novas infrações penais, resta bem evidente que o agente colaborador não terá participado dos mencionados crimes futuros e, assim, não poderá confessá-los, o que indica ser mesmo a confissão um elemento accidental da colaboração premiada. No entanto, o art. 4º, da lei em estudo limita os fatos

¹⁸⁷ PAZ, Isabel Sánchez García de. EL coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 07-05, p. 05:1- 05:33. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

¹⁸⁸ Carlo Riva entrevistado também na legislação italiana que cuida da repressão ao crime organizado a possibilidade de colaboração premiada sem a confissão do agente, podendo recair sobre crime diverso daquele contra o qual o colaborador esteja sendo investigado (RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei. In: MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia. *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*. Milano: Giuffrè / Iuscrim, 2000. p.358-359).

¹⁸⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 40.

delatados pelo colaborador à mesma organização da qual fazia ele parte, com uma exceção,¹⁹⁰ embora não exija a sua confissão.

Parte dos críticos do instituto aponta que a colaboração premiada se insere no fenômeno de fortalecimento da confissão, afirmando-se que a justiça consensual, incluindo-se a colaboração premiada, gera a hipervalorização da confissão como a “rainha das provas”, regredindo-se às características do sistema processual inquisitorial¹⁹¹. Neste sentido, Carmignani, citado por Padovani, impugnando o direito premial de Bentham, chega a comparar à lógica da concessão do benefício premial à mesma daquela usada na tortura, com a diferença apenas de que nesta usaria a dor para chegar à verdade confessada, enquanto naquela se daria a impunidade do delito para se obter a mesma confissão.¹⁹²

No entanto, entendemos estar equivocado o raciocínio.

O inquisidor-torturador buscava apenas uma confissão a qualquer custo e por meio da dor, não havendo qualquer ato de vontade do imputado, dada a anulação de sua vontade livre pela violência a que estava submetido. Já o direito premial dá a faculdade de que o imputado livremente queira colaborar com o processo, confessando ou não o delito, por meio de uma recompensa lícita. Ainda que exista o risco de prisões cautelares serem decretadas visando obter a colaboração do acusado, o que será analisado oportunamente neste trabalho,¹⁹³ não se pode transformar este risco excepcional da indevida pressão sobre o imputado com a regra da pressão decorrente da tortura, sendo a comparação infamante.

Por outro lado, estas críticas não podem ser direcionadas à colaboração premiada da Lei 12.850/13, porquanto, por primeiro, a confissão não é elemento essencial da colaboração premiada, sendo elemento acidental.

Não se pode olvidar que a colaboração premiada somente justifica-se em razão da busca da punição de terceiro (delatado) e não na do imputado-colaborador, ou seja, diferentemente do sistema inquisitorial o cerne da colaboração premiada instituída pela lei é a punição do terceiro e não a punição do próprio colaborador, o que indica não estar

¹⁹⁰ Cf. item 6.6 *infra*.

¹⁹¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 175 e seguintes.

¹⁹² PADOVANI, Tullio. La soave inquisizione: osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 24, p.541, 1981. Prossegue Padovani, afirmando o risco de pressão sobre o acusado, atribuindo força de pressão tanto ao benefício premial como à tortura, atuando o benefício premial na mesma lógica da inquisição por meio da tortura, sendo esta a nova forma da suave inquisição, transformando o acusado em meio de prova (PADOVANI, Tullio. La soave inquisizione: osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 24, p.541, 1981)

¹⁹³ Item 5.2.3.1 *infra*.

configurado o retorno ao padrão inquisitorial, até porque mesmo para o colaborador há salvaguardas legais probatórias, como a exigência da análise conjunta das provas produzidas, mesmo quando se trate de confissão do agente. Além disso, as salvaguardas trazidas pela lei, em especial pelo procedimento de celebração do acordo de colaboração, com foco na garantia da voluntariedade do ato afastam por completo a similitude com a inquisição.

2.9 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA E CONFLITO APARENTE DE NORMAS

A Lei 12.850/13 definiu em seu art. 1º sua incidência, dispondo que seria ela aplicável para algumas hipóteses, as quais aglutinamos em três categorias. A primeira é da hipótese própria aplicando-se a lei às organizações criminosas (art. 1º, *caput*). Já a segunda categoria é das hipóteses por extensão, a saber, aplicando-a às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (§1º, I,) e às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos (§1º, II). E a terceira corresponde às infrações correlatas.

No tocante às organizações criminosas, definidas no art. 1º, §1º, da lei e às organizações terroristas, tipificadas recentemente na Lei 13.260/16, que serão objeto de maior aprofundamento neste trabalho,¹⁹⁴ de forma expressa todas as disposições legais são aplicáveis para a persecução penal de tais delitos, incluindo-se a colaboração premiada. A recente Lei n. 13.344, de 6 de outubro de 2016, previu de forma expressa em seu art. 9º, também a aplicação da Lei n. 12.850/13 à persecução penal dos crimes de tráfico interno e internacional de pessoas, razão pela qual também a estes crimes a colaboração premiada será aplicável.¹⁹⁵

A outra hipótese de incidência da colaboração premiada será às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional, desde que exista a transnacionalidade da conduta, isto é, tenha sido a conduta iniciada no país, com resultado no estrangeiro ou o contrário, podendo esta hipótese ser denominada de hipótese por extensão da lei, dado que

¹⁹⁴ Cf. item 3.3 infra.

¹⁹⁵ Há efetivamente uma afinidade de tais crimes com a matéria da Lei 12.850/13, uma vez que o tráfico interno e internacional de pessoas, em regra, são praticados por organizações criminosas e não de forma individual e casual.

independe da prova da organização criminosa para sua configuração, incidindo sobre crimes comuns.

É de se registrar que esta hipótese por extensão merece a primeira crítica por sua redação, pois como lembra Greco Filho, tratado e convenção internacional não tipificam crimes, dado que apenas a lei interna de cada nação pode fazê-lo pelo princípio da legalidade estrita que vige nos países civilizados; impõe-se, pois, reconhecer o intérprete que o sentido da norma deve ser de que a norma alcança os crimes os quais o Brasil assumiu o compromisso internacional de tipificá-los por meio de convenções ou tratados internacionais¹⁹⁶, como por exemplo o tráfico de drogas e o combate à corrupção.

No entanto, não basta este requisito, impondo-se, ainda, o requisito da transnacionalidade, que, em sintonia com a teoria da ubiquidade¹⁹⁷ adotada no país (art. 4º do Código Penal), sujeita à lei brasileira o crime praticado no país cuja ação tenha iniciado-se no país, com resultado (potencial ou de fato) em território estrangeiro ou reciprocamente.

Com ambos os requisitos caracterizados, a Lei 12.850/13 incidirá excepcionalmente sobre tais delitos, embora não tenham sido cometidos por meio de organizações criminosas próprias.

Certamente dos crimes passíveis de incidência por extensão da lei, o mais comum será o crime de tráfico de drogas internacional, dado que atende a todos os requisitos da Lei, pois está previsto em convenção internacional¹⁹⁸, além de ser transnacional, devendo sobre este delito incidir as normas processuais da Lei 12.850/13, inclusive, a colaboração premiada, como será adiante analisado.

Outras hipóteses, embora com menor número de casos, podem ser aqui lembradas: o crime de lavagem de capitais¹⁹⁹, o crime de tráfico internacional de armas de fogo²⁰⁰, tráfico internacional de pessoas para o fim de exploração sexual²⁰¹, dentre outros.

¹⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

¹⁹⁷ Considerando-se como local do crime tanto o local da ação, quanto o local da ocorrência do resultado, mesmo que a ação tenha sido parcialmente praticada ou o resultado tenha parcialmente ocorrido (REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 107)

¹⁹⁸ Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 154, de 26 de junho de 1991.

¹⁹⁹ Previsto em vários dispositivos de convenções internacionais, como a Convenção de Mérida, bem como da já mencionada Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

²⁰⁰ Previsto no art. 18 da Lei 10.826/03, sendo prevista no Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, peças, componentes e munições, que complementou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, acolhido no direito interno por meio do Decreto 5.941, de 26 de outubro de 2006.

A inserção na Lei 12.850/13 das hipóteses de aplicabilidade por extensão com os dois requisitos cumulativos justifica-se em razão de que o caráter transnacional destes delitos indicar a existência de uma organização criminosa estruturada que é a verdadeira responsável por tais práticas delitivas²⁰². Assim, pelas mesmas razões que legitimam a atribuição de meios processuais adequados para a eficiente persecução penal das organizações criminosas, impõe-se a extensão destes meios para a responsabilização penal também dos praticantes destes delitos transnacionais²⁰³, tendo em vista que a finalidade da norma é, em suma, também reprimir as organizações criminosas por meio de pequenos crimes decorrentes de sua ação criminosa.

Além disso, a dotação de meios processuais adequados para a repressão de tais delitos também vai ao encontro dos compromissos internacionais assumidos pelo país na prevenção e repressão destas infrações penais.

A última categoria de delitos sujeitos à incidência da lei por determinação expressa são as infrações correlatas, isto é, correlacionadas à organização criminosa expressamente tipificadas na lei. Integram esta categoria o crime previsto no art. 2º, parágrafo 1º, da lei, que prevê o crime de embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa²⁰⁴, bem como os crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova previstos na seção V do Capítulo II, da lei em enfoque.²⁰⁵

²⁰¹ Tipificado no país no art. 231 do Código Penal e previsto no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, ingressando no direito interno por meio do Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.

²⁰² Esta constatação é verdadeira, ainda que, por exemplo, seja preso apenas um imigrante com pacote de drogas em um aeroporto chegando de uma viagem internacional; ainda assim poderá ser a ele aplicado os meios de obtenção de prova previstos na lei, embora não seja necessária a prova da existência da organização criminosa em tais delitos.

²⁰³ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 72.

²⁰⁴ Art. 2, § 1º: “ Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.”

²⁰⁵ “Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.”

Impõe-se discutir neste passo a possibilidade de extensão dos contornos da colaboração premiada da Lei 12.850/13 a outros crimes relacionados ao crime de organização criminosa.

O crime de organização criminosa próprio, que é aquele definido no art. 2º, *caput*, da lei em enfoque, deve ser reconhecido como norma penal em branco imprópria homovitelina, pois o conceito de um dos elementos normativos do tipo é descrito no próprio diploma legal criador da figura típica.²⁰⁶

Este delito é autônomo em relação aos crimes praticados pela organização criminosa, reconhecendo a norma penal a expressa acumulação material de penas em relação a tais delitos,²⁰⁷ até porque a razão da gravidade social da organização criminosa é que a mesma é uma multiplicadora de ilícitos penais.

Embora sejam autônomos entre si, a hipótese mais comum na prática forense em delitos assemelhados (como a associação criminosa e o antigo crime de quadrilha) e que certamente ocorrerá com o crime de organização criminosa, é que a ação penal englobe a imputação deste delito em concurso com a prática de outros delitos decorrentes do primeiro. E em relação a estes delitos conexos surge a necessidade de se definir se a Lei 12.850/13 incidirá sobre estes.

Além disso, deverá ser analisado se a lei em questão poderá incidir também em relação a delitos não conexos ao crime de organização criminosa e aqueles equiparados.

Então, inicialmente, impõe-se distinguir duas hipóteses: a) crimes conexos;²⁰⁸ b) crimes não conexos, distinguindo-se os delitos que possuam previsão específica sobre a colaboração premiada e os que não são conexos.

Passaremos à primeira hipótese.

Em princípio, a colaboração premiada em seu aspecto de direito material (prêmios legais) aplica-se apenas ao crime de organização criminosa, e por extensão legal às hipóteses de organização terrorista e aos crimes transnacionais expressamente previstos na norma, como se deflui da interpretação gramatical da lei; este é o âmbito de abrangência

²⁰⁶ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 49.

²⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

²⁰⁸ O termo conexão usado neste capítulo englobará, além da conexão prevista no art. 76 do Código de Processo Penal, também a continência prevista no art. 77 do mesmo diploma legal, tendo em vista que ambas são formas de modificação da competência, a ambas se aplicam os mesmos fundamentos mencionados a seguir no trabalho. Ademais, ambas implicam na reunião de processos cujo objeto sejam crimes conexos ou que guardem relação de continência entre si.

normal do instituto, o que afastaria a aplicação dos prêmios legais a quaisquer outros delitos.

Contudo, a correta interpretação do dispositivo legal indica a necessidade de aplicação da norma a todos os crimes conexos.

De fato, o crime de organização criminosa desenvolve-se, em regra, concomitantemente à prática de infrações penais pelos integrantes da organização, podendo ser indicado o delito como de crime de conexão quase obrigatória com outros delitos.

Aliás, a essência do combate à criminalidade organizada é a repressão aos delitos por ela praticados, tais como lavagem de dinheiro, homicídios, extorsão mediante sequestro, lavagem de capitais, corrupção, todos delitos graves e alguns violentos, e não apenas a repressão à sua existência em si mesma.

Embora a lei não disponha expressamente sobre a aplicação ou não aos crimes conexos, verifica-se do art. 4º da Lei 12.850/13 – definidor das hipóteses de colaboração premiada - que das cinco hipóteses ali inseridas- quatro delas²⁰⁹ referem-se a outras infrações penais praticadas pela organização criminosa; ou seja, a colaboração premiada somente é caracterizada, em regra, quando o agente cooperar para a repressão e prevenção dos crimes praticados pela organização criminosa. A colaboração premiada está voltada, assim, justamente a outros crimes decorrentes da organização criminosa.

Note-se, inclusive, que o art. 4º da lei não afasta a possibilidade de sua aplicação aos crimes ali referidos.

Pode-se, portanto, concluir que a vontade do legislador é que a colaboração premiada abranja precipuamente a prática dos crimes decorrentes do crime de organização criminosa.

Por outro lado, também a interpretação teleológica conduz à mesma conclusão. A a funcionalidade do instituto da colaboração premiada seria atingida de morte, acaso se restringisse os benefícios da colaboração premiada tão-somente ao crime de organização criminosa, porquanto a própria definição do delito pressupõe infrações penais graves que possuem penas elevadas. Ora, quem irá contribuir para a apuração de crimes graves

²⁰⁹ Com exceção do inciso II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, as demais hipóteses previstas no art. 4º da Lei (I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada) estão relacionadas à infrações diversas da do crime de organização criminosa.

praticados por si mesmo, correndo o risco de receber a pena total de cada um dos crimes, sem que receba benefícios em relação a todos os crimes em que cooperar? Certamente ninguém; o que implicaria na inutilidade do instrumento processual pensado pelo legislador para dar maior eficiência à persecução penal.

Tendo em vista que o intérprete deve buscar a interpretação que dê a máxima eficácia à norma,²¹⁰ e valendo-se de uma das formas de interpretação da norma quanto a seus efeitos, a saber a interpretação extensiva,²¹¹ conclui-se de todo o exposto que o legislador escreveu menos o que queria dizer, devendo a lei ser interpretada a fim de abarcar situações não previstas expressamente, que no caso dos autos implica ser aplicada também aos crimes praticados pela organização criminosa. Em verdade, o alcance da norma é mais amplo do que indicam seus termos.

Em sendo a extensão da colaboração premiada aos crimes dela decorrentes mais favorável ao acusado, dada à extensa opção de benefícios dela decorrentes, pode ser admitida a interpretação extensiva, que no processo penal somente é vedada *in malan parte*.²¹²

Em abono a este entendimento, a interpretação sistemática²¹³ do ordenamento jurídico também conduz a esta conclusão.

De fato, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, integrada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 5015, de 12 de março de 2004, prevê em seu art. 26 o compromisso internacional do país em legislar de forma a encorajar

²¹⁰ Como esclarecem os juristas americanos Scalia e Garner, sobre a interpretação das normas jurídicas, há uma verdadeira presunção contra a inefetividade da norma, pela qual o propósito da norma deve ser favorecido na sua interpretação. Assentam que: “*This canon [Presumption against ineffectiveness] follow inevitably from the facts that (1) interpretations always depends that on context, (2) contexto Always includes evidente purpose, and (3) evidente purpose Always includes effectiveness.*” (SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Reading Law: the interpretation of legal texts*. St. Paul: Thonson/West, 2012, p. 63). A interpretação das normas jurídicas, no dizer de Carlos Maximiliano, “é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. São Paulo: Ed. Forense, 2003, p. 8.)

²¹¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed, ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 426

²¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108.

²¹³ Para Bobbio, a interpretação sistemática é aquela “forma de interpretação que tira seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito privado, o Direito penal) constituam uma totalidade ordenada [...],e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “espírito do sistema”, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989,p. 76), acrescentando Tourinho Filho que: “Recorre-se a esse tipo de interpretação quando a dúvida não recai sobre o sentido de uma expressão ou de uma fórmula da lei, mas sim sobre a regulamentação do fato ou da relação sobre o que se deve julgar.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101).

agentes que integrem organizações criminosas a colaborar com a persecução penal dos crimes previstos na Convenção.²¹⁴ Por outro lado, a Convenção nomeia expressamente os crimes de corrupção, lavagem de capitais, participação em grupo criminoso organizado e obstrução de justiça;²¹⁵ além dos crimes graves.²¹⁶ Desta forma, extrai-se da Convenção, recebida no ordenamento jurídico pátrio como lei ordinária,²¹⁷ o sentido de que a colaboração premiada em sede de crime organizado deverá abranger também os delitos praticados por ela.

Destarte, e adotada a fonte de direito internacional sobre o tema, fonte esta que integra o ordenamento jurídico pátrio, deve ser esta fonte a referência normativa para a exegese do diploma legal que decorreu deste compromisso internacional do legislador pátrio. Portanto, esta é a interpretação mais consentânea com a finalidade da norma e quando analisado o sistema jurídico como um todo para a correta definição do âmbito de aplicação da norma da colaboração premiada.

Além disso, o próprio art. 22 da Lei 12.850/13, ao dispor que os crimes previstos nesta lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal indica a unidade da apuração entre o delito de organização criminosa e os crimes conexos, tanto que determina prazo máximo para a

²¹⁴ Art. 26: "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.**" (grifo do autor)

²¹⁵ Arts. 5, 6, 8 e 23 da Convenção. Vale a observação de que, embora o art. 3º da Convenção exija o requisito da transnacionalidade para sua aplicação geral, o art. 26 não faz esta restrição para os fins da colaboração premiada, referindo-se apenas as infrações mencionadas na Convenção. Além disso, ainda que asism não fosse, o art. 34 da Convenção dispensa este requisito para alguns dos crimes, razão pela qual para Baltazar Junior: "[...] para as infrações enumeradas, o caráter transnacional é irrelevante" (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 155)

²¹⁶ Art. 2, b, da Convenção, definindo infração grave: "ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior."

²¹⁷ Como já estabeleceu a jurisprudência: "Conforme reiterada jurisprudência do STF, os tratados e convenções internacionais de caráter normativo, "(...) uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias" (STF, ADI-MC 1480-3, Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2001)"(BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 2645/SP – Rel. Min. Teori Zavaski – julgado em 18 nov. 2009. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3699710&num_registro=200702549165&data=20091216&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 16 jun. 2016.)

instrução do feito com os delitos conexos. Em assim sendo, pode-se inferir também deste dispositivo legal que a regulação da persecução penal da organização criminosa deverá ater-se à regulação da lei, incluindo-se a regulação da colaboração premiada que deverá abranger também os crimes conexos.

Esta natural abrangência ocorre também no direito italiano, no qual a colaboração premiada dos autores do crime de associação do tipo mafioso²¹⁸ abrange expressamente também os crimes cometidos pela associação criminosa, como se depreende do revogado art. 8º, § 1º, do Decreto-lei n. 152/91²¹⁹ e do art. 16-nines da lei n. 82/91²²⁰ que ao fazer alusão ao art. 51, parágrafo 3-bis do Código de Processo Penal,²²¹ acabou por manter esta abrangência aos crimes praticados pela organização criminosa.

Firmada a possibilidade de extensão dos prêmios da colaboração premiada da Lei 12.850/13 aos crimes praticados pela organização criminosa, depara-se o intérprete com outras duas situações em relação aos crimes conexos: crimes sem previsão de colaboração premiada em legislação própria e crimes conexos com regulamentação próprio do instituto.

No primeiro caso, não há dificuldade jurídica, pois a norma da Lei 12850/13 no tocante à colaboração premiada a eles se aplica, como já visto acima.

²¹⁸ Art. 416-bis, do Código Penal Italiano.

²¹⁹ Art. 8º, 1: “1. *Per i delitti di cui all'articolo 416- bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo e' sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla meta'. 2. Nei casi previsti dal comma 1 non si applicano le disposizioni dell'articolo 7.”*

²²⁰ Art. 16-nones, 1: “*Nei confronti delle persone condannate per un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale o per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, che abbiano prestato, anche dopo la condanna, taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali, la liberazione condizionale, la concessione dei permessi premio e l'ammissione alla misura della detenzione domiciliare prevista dall'articolo 47-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, sono disposte su proposta ovvero sentiti i procuratori generali presso le corti di appello interessati a norma dell'articolo 11 del presente decreto o il procuratore nazionale antimafia.”*

²²¹ Art. 51, § 3-bis, do Código de Proceso Penal italiano: “*3-bis. Quando si tratta di procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-bis ,416-ter e630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, le funzioni indicate nel comma 1 lettera a) sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.”*(grifo do autor)

Já no segundo caso, haverá o conflito de normas, dado que regulamentação própria sobre a colaboração premiada, como, por exemplo, a legislação que trata do crime de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem econômica, conflita, em especial, quanto aos benefícios legais decorrentes da colaboração com aquela prevista na Lei 12.850/13.

Para a resolução do conflito, posto não ser lícito ao intérprete criar *terza legge* a pretexto de aplicar a norma mais favorável,²²² impõe-se tecer algumas observações sobre os conflitos de normas na lição de Norberto Bobbio²²³.

Fundado na premissa de que o ordenamento jurídico é um sistema que possui unidade interna, não pode nele coexistirem normas incompatíveis, que, caso existentes, devem ser eliminadas, afastando-se a incompatibilidade do sistema.

A antinomia de normas é “a situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.”²²⁴ Para sua configuração devem as normas possuir o mesmo âmbito de validade nos planos temporal, espacial, pessoal e material, podendo a antinomia ser caracterizada de três formas distintas: total-total, isto é, quando em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra; parcial-parcial, quando cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra e um campo em que o conflito não existe, e, por fim, total-parcial, quando uma das normas tem campo de validade mais restrito e este na íntegra colide com o campo da norma de maior abrangência.²²⁵

Para a solução das antinomias, as regras fundamentais são a) o critério cronológico, pelo qual prevalece a *lex posterior*; b) o critério hierárquico pelo qual prevalece a *lex superior* e c) o critério da especialidade, pelo qual prevalece a *lex specialis*,

²²² Embora parte significativa da doutrina entenda possível a combinação de leis em prol da aplicação da lei mais benéfica ao acusado, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer em sua composição plena a impossibilidade desta prática assentando, em relação ao problema de direito intertemporal que atingiu a Lei 11.343/06 e a Lei 6.368/76 sobre o crime de tráfico de drogas, que: “Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 600-817/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 7 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026454>>. Acesso em 10 jun. 2016)

²²³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 71-83

²²⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 86

²²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 88

considerada como a norma que anula uma mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente²²⁶.

Contudo, estes critérios não são suficientes para a resolução do conflito entre a Lei 12.850/13 e as demais normas de colaboração premiada, pois as normas possuem mesma hierarquia (são leis ordinárias) e são específicas a cada um dos delitos nela abrangidas (por exemplo, a norma que trata da colaboração no crime de tráfico de drogas é tão específica como a que trata da colaboração no crime organizado, quanto aquela que trata da colaboração no crime de lavagem de capitais). Ou seja, por não se estar diante de um conflito de norma geral com norma específica, nem entre normas de hierarquias diversas, tais critérios são insuficientes.

Não nos socorre, ainda, o critério cronológico, pois este pressupõe o igual âmbito de aplicação da norma, que em relação à hipótese ora tratada não se configura.²²⁷

Bobbio afirma que na insuficiência dos critérios clássicos acima mencionados de conflitos de normas, ou seja, quando as normas são contemporâneas, do mesmo nível hierárquico e com o mesmo âmbito de aplicação, o intérprete poderá valer-se da distinção da forma das normas para resolver a antinomia. Partindo-se do pressuposto de que as normas podem ser classificadas em imperativas, proibitivas e permissivas, deverá o intérprete fazer prevalecer a interpretação favorabilis sobre a odiosa, entendendo-se aquela como a norma que concede uma liberdade e esta a que impõe uma obrigação.²²⁸

Considerando-se que a norma da Lei 12.850/13 é mais favorável do que as normas expressas já existentes no ordenamento jurídico pátrio sobre a colaboração premiada (dada à amplitude de prêmios legais possíveis) e tendo em vista o princípio do *favor rei*, aplicável na solução de questões de direito no processo penal,²²⁹ deve esta norma prevalecer sobre as demais normas em relação aos crimes conexos em seu conteúdo de direito material (prêmios legais) e processual (regime probatório e de meio de defesa).²³⁰

²²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 92-97

²²⁷ Caso se entenda possível a aplicação deste parâmetro exegético, a solução seria a aplicação da Lei 12.850/13, por ser posterior às demais normas.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p.106-107

²²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108-109.

²³⁰ No mesmo sentido: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 163.

Note-se que não entendemos que a Lei 12.850/13 revogou as demais formas de colaboração premiada previstas no ordenamento jurídico: apenas consideramos que o regramento da Lei 12.850/13 relativo à colaboração premiada prevalece sobre o regramento comum das demais normas quando ocorrer a conexão destes delitos com o crime de organização criminosa.

Ainda que as disposições da Lei 12.850/13 sejam mais favoráveis aos acusados em geral do que aquelas estipuladas nas normas esparsas, não se pode sem fundamento jurídico válido, afastar a validade de tais dispositivos legais, mormente porque, afastada a hipótese dos crimes conexos, nos quais há fundamento jurídico para a extensão, não se vislumbra a possibilidade de se criar novas formas de redução de pena, ou causa de extinção de punibilidade sem exposto dispositivo legal autorizando tais ingerências nas normas de direito penal.

Resta a análise da incidência dos crimes não relacionados diretamente a uma organização criminosa.

Em relação aos crimes que não possuem previsão de colaboração premiada, a colaboração premiada não pode ser estendida a estes por falta de fundamento legal para tanto, prestigiando-se o princípio da legalidade.

Em verdade, embora seja esta uma tendência do ordenamento jurídico pátrio e no direito comparado a previsão desta nova forma do exercício de defesa dos acusados consistente na colaboração com a persecução penal, como se depreende do elevado número de disposições esparsas sobre a colaboração premiada em textos internacionais e no direito pátrio, não se pode, ainda, no estágio normativo atual estender a todo e qualquer delito praticado em concurso de pessoas a nova regulamentação da Lei 12.850/13, ainda que se possa vislumbrar esta possível extensão em um futuro próximo.

Passemos agora aos delitos que possuem previsão específica de colaboração premiada.

A incidência da Lei 12.850/13 sobre os delitos não relacionados à organização criminosa atinge apenas as demais formas de colaboração premiada em seu regime jurídico, ou seja, apenas no tocante ao procedimento de sua colheita, execução e regime de legal de direitos e deveres do colaborador e delatado, excetuando-se o prêmio legal e a hipótese de colaboração eficaz prevista na norma.

Isto porque, ao contrário da sua incidência sobre crimes conexos, na qual há conflito de normas, nas demais formas de colaboração premiada (genérica e especiais) em que não se esteja diante de uma organização criminosa, está-se diante apenas de uma

lacuna da lei sobre o procedimento probatório de tais colaborações, pois as leis esparsas não previram nenhum regime legal da colaboração, assentando apenas o prêmio legal e a hipótese de colaboração.

Ora, considerando-se o pressuposto de que o juiz deve julgar todas as controvérsias que se apresentam a seu exame, devendo fazê-la de acordo com uma norma pertencente ao sistema jurídico em vigor,²³¹ havendo a lacuna da lei, o magistrado deverá suprir a lacuna como uma das formas de integração do direito: os princípios gerais de direito, os costumes e a analogia.²³²

A analogia, que é o processo de integração pelo qual se aplica a um caso não previsto em lei uma norma que rege outro semelhante²³³, está fundada na ideia de que os fatos de igual natureza devem ser regulados de maneira idêntica, razão pela qual sua aplicação depende da semelhança de casos concretos e identidade de substância jurídica²³⁴.

No caso em exame - a colaboração premiada especial da Lei 12.850/13 e as colaborações premiadas previstas em outras leis esparsas - está-se diante de normas que regulam o mesmo instituto, ainda que com abrangências distintas, fundadas nas mesmas razões jurídicas de eficiência na persecução penal de alguns delitos e da necessidade de se proteger o delatado de acusações infundadas, preenchendo, desta maneira, os requisitos para a configuração da analogia.

É de se concluir, assim, que a lacuna de cada uma das formas de colaboração específicas no tocante ao seu regime jurídico procedimental deve ser integrada por analogia ao quanto disposto nos arts. 3º, I, e 4º, 5º e 6º, da Lei 12.850/13, exceção feita aos prêmios legais decorrentes da colaboração premiada, que continuam sob a égide de cada uma das normas reguladoras.

Ressalva-se, ainda, que por se inserirem tais normas na lógica puramente premial, o acordo de colaboração premiada, ao contrário do que ocorre na Lei 12.850/13, não será indispensável à obtenção dos prêmios legais, que poderão ser adjudicados pelo magistrado

²³¹ Situação que conduz ao reconhecimento de que a completude do ordenamento jurídico é condição necessária para o ordenamento que reconhece a necessidade da resolução da omissão legal (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 118), tal como ocorre com o Brasil (art. 4º do Decreto-lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942).

²³² Art. 4º do Decreto-lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

²³³ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed, ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 433.

²³⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. São Paulo: Ed. Forense, 2003, p. 171.

independentemente do consenso do *Parquet*, tendo em vista que a analogia não pode implicar na restrição a benefícios legais previstos, sob pena de atuar em *malan parte*.

A aplicação da lei 12.850/13 será, pois, parcial, e mais restrita, ao incidir sobre as demais formas de colaboração premiada relativas a crimes não conexos com os expressamente previstos naquele diploma legal, porquanto não haverá a modificação do aspecto material de cada uma das formas de colaboração.

É de concluir, pois que, a colaboração premiada com os contornos dados pela Lei 12.850/13 possui uma *vis attractiva* em relação às demais formas de colaboração previstas em leis esparsas decorrente de ter regulado por completo este instituto na persecução penal do fenômeno do crime organizado. Destarte, será aplicável totalmente aos crimes previstos nos arts. 2º, caput, I e II, bem como em relação aos crimes conexos praticados pelos membros da organização criminosa; incidirá parcialmente em relação aos crimes nos quais há previsão específica da colaboração premiada apenas no tocante ao regime jurídico da colaboração, com exceção dos prêmios legais e das hipóteses de colaboração eficaz; por fim, não incidirá sobre os demais delitos do ordenamento jurídico, acaso não se encontrem contemplados nas situações anteriores.

A interpretação acima mencionada contribuirá para que o instituto seja mais utilizado na prática forense, uma vez que muitos crimes que normalmente estão em conexão com a organização criminosa que não contam com previsão de colaboração premiada, como os crimes de corrupção e fraude em licitação, passem a contar com maior eficácia em sua persecução penal.

2.10 DIREITO INTERTEMPORAL

O estudo do direito intertemporal visa analisar o conflito de leis no tempo, ou seja, determinar qual é a norma aplicável a uma situação fática atual quando ocorre a sucessão no tempo de leis antagônicas entre si.

E a necessidade do estudo do tema em relação às normas de direito processual penal é das mais relevantes, uma vez que o regime jurídico da incidência das normas de direito processual e do direito penal são muito diversos entre si.

Inicialmente, discute-se, na seara processual, se a aplicação da nova lei refere-se ao ato processual ou à fase processual ou, ainda, ao processo, razão pela qual se construiu na doutrina três sistemas para a resolução do tema: a) o sistema da unidade processual,

pelo qual o processo corresponde a uma unidade, embora formado por vários atos processuais, e, assim, a nova lei não incidiria sobre os processos em curso ou já acabados; b) o sistema das fases processuais, que reconhecendo as fases processuais independentes entre si (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal) permite a aplicação da lei nova à fase processual subsequente à entrada em vigor da nova lei; c) o do isolamento dos atos processuais, pelo qual a lei nova não atingiria os atos processuais já praticados, mas passaria a regular de imediato os novos atos processuais.²³⁵

No sistema pátrio, por força do art. 2º do Código de Processo Penal, as normas de direito processual aplicam-se de imediato, sendo adotado o princípio de hermenêutica do *tempus regit actum*, pelo qual a norma não retroage a fatos anteriores a sua vigência, incidindo apenas sobre os fatos ocorridos após esta. Aliás, em sintonia com a regra geral do ordenamento constitucional da irretroatividade das leis²³⁶.

Assim, em regra, no arcabouço processual penal pátrio adotou-se a teoria do isolamento dos atos processuais, o que vem sendo admitido de forma majoritária pela doutrina.²³⁷

O fundamento da aplicação imediata da nova lei, é a presunção do legislador de que a nova lei seja mais perfeita e mais adequada à realidade social vigente do que a norma anterior.

Decorre da aplicação do princípio *tempus regit actum* duas regras fundamentais: a) a irretroatividade da lei processual, de sorte que os atos praticados de acordo com as disposições da lei antiga são válidos; b) a imediatidade da nova lei processual que passa a regular os atos processuais ainda não produzidos²³⁸

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 97.

²³⁶ Como ensina Vicente Rao: “A inviolabilidade do passado é princípio que se encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis: “o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. [...] A violação a proibição da retroatividade das normas jurídicas, isto é, da ação das normas jurídicas sobre o passado, figura em preceitos constitucionais. [...] Todos os Estatutos Políticos brasileiros, menos a carta constitucional outorgada em 1937, sempre consagraram igual princípio [...]”(RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6 ed. anotada e atual por Ovidio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 389 e 391)

²³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 98; BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. Direito intertemporal. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 24

²³⁸ TUCCI, Rogerio Lauria. *Direito intertemporal e a nova codificação processual penal: subsídios para sistematização e aplicação do direito transitório no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 4-5.

E conforme Frederico Marques, assim deve ser, pois as normas processuais disciplinam apenas os atos e atividades processuais e não o próprio direito de punir²³⁹.

Tendo em vista que se trata de questão atinente ao fenômeno temporal é de suma relevância o referencial cronológico²⁴⁰ para a análise do regime de aplicação da lei processual. Para a lei penal, o referencial é o *tempus comissi delicti*, enquanto para a lei processual o referencial é a momento do ato processual²⁴¹.

Estabelecido que as normas processuais são aplicadas de imediato, depara-se o intérprete com o reconhecimento de que algumas normas legais trazem concomitantemente disposições que regulam atos processuais e também dispõem sobre o direito de punir do Estado.

No entanto, o direito de punir do Estado está sujeito a regra constitucional de direito intertemporal diversa daquela prevista para os atos processuais.

De fato, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal, há a disposição de que a normal penal não retroagirá, salvo para beneficiar o acusado, configurando a regra da retroatividade penal benéfica, bem como a ultratividade da lei mais benéfica, que mesmo revogada, aplica-se aos fatos pretéritos à sua promulgação e continua a vigor acaso sucedida por lei mais gravosa.²⁴² Ou seja, a intertemporalidade em matéria penal não envolve o conflito entre lei nova e lei velha, mas sim entre lei mais benigna e lei mais gravosa, resolvendo-se sempre pela prevalência da *lex mitior*.²⁴³

Este sistema de resolução de conflito de normas penais decorre do princípio da dignidade da pessoa humana em cotejo com o princípio da legalidade, afastando-se o arbítrio estatal e sendo protegido por convenções internacionais de direitos humanos, podendo ser citadas, dentre outras, a Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações unidas (art. XI, inciso 2)²⁴⁴ e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art.

²³⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 54.

²⁴⁰ A expressão é de Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. Direito intertemporal. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 20)

²⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. 17 ed. Ver. Ampl. E atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215

²⁴² FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal – a nova parte geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 102.

²⁴³ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito intertemporal penal: possibilidade de "combinação" de leis; o equívoco da "Lex Tertia". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p.373-390, mai./jun. 2007.

²⁴⁴ In verbis: "Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso"

9º)²⁴⁵, sendo, portanto, uma garantia política dos cidadãos. Como assevera Manzini, uma vez que a Lei tenha eliminado ou abrandado uma restrição imposta à liberdade, o Estado, garante desta, não pode exigir ou implementar o que ele mesmo reconheceu não mais necessário ou excessivo e não conforme à justiça.²⁴⁶

Na busca pela harmonização do sistema de aplicação das normas penais e processuais penais, dado ao paralelismo de ambas as espécies de normas decorrente da instrumentalidade da função de garantia do processo penal,²⁴⁷ a doutrina de forma geral²⁴⁸ identifica três espécies de normas: as processuais penais puras, as penais puras e as normas mistas (ou normas processuais materiais), que ostentam conteúdo processual e penal.

As normas processuais puras são aquelas que dizem respeito ao rito, aos prazos e as formas dos atos processuais; já as normas penais puras são aquelas relacionadas diretamente ao direito de punir do Estado, tal como as normas incriminadoras definidoras dos tipos penais e das sanções penais e as normas que regulamentam a forma de execução das penas decorrentes da prática criminosa.

Sobre o âmbito de identificação das normas mistas há a corrente restritiva, para a qual estas normas são aquelas que digam respeito unicamente ao conteúdo do *ius puniendi* do Estado, enquanto a corrente ampliativa as identifica como aquelas normas que digam respeito às condições de procedibilidade, constituição e competência dos tribunais, meios

²⁴⁵ In verbis: “Princípio da legalidade e da retroatividade: Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquentes será por isso beneficiado.”

²⁴⁶ Apud voto proferido pelo Min. Luiz Fux no Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 600-817/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 7 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026454>>. Acesso em 10 jun. 2016

²⁴⁷ Como afirma Peluso, baseado na lição de Zaffaroni e Taipa de Carvalho: “As relações entre Direito Penal e Direito Processual Penal são tratadas há muitos anos, sob signo de mútua ignorância, como se as duas disciplinas se ocupassem de setores do ordenamento jurídico sem nenhum tipo de relação entre si. Mas, ainda que o Direito Processual Penal não seja mera parte integrante do Direito Penal, o fato é que aquele deve guardar vinculação estreita e certo grau de dependência em relação a este -em relação integrativa, orgânica e substancial -, pois o processo é sempre meio e não fim em si mesmo, mediando entre ambos estreita conexão e dependência teórica e/ou ideológica, sob princípios paralelos, já que as duas disciplinas tem como normas primárias a Constituição e a incumbência de preservação do Estado Democrático de Direito, onde cada princípio limitador encontra correspondente versão penal e processual penal, até porque, tal como o Direito Penal, o Direito Processual Penal é o espelho da forma do Estado, pois, como e óbvio, no processo penal também se joga a sorte dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.”(PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica: uma visão constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158)

²⁴⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direito intertemporal e a nova codificação processual penal: subsídios para sistematização e aplicação do direito transitório no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 22; BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Direito intertemporal*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 21-22.

de prova e eficácia probatória, graus de recurso, liberdade provisória, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que seja decorrência de direito ou garantia constitucional do cidadão.²⁴⁹

Entendemos que a caracterização das normas mistas deve estar vinculada efetivamente à regulamentação da pretensão punitiva estatal, como a prescrição, decadência, direito de representação, dentre outros, e também da regulamentação dos direitos e garantias constitucionais. No entanto, no tocante a esta última, não concordamos com o amplo conceito trazido pela corrente ampliativa, dado que levado ao último grau, quase todas as normas de direito processual penal serão consideradas normas de conteúdo material²⁵⁰, com exceção talvez da regulamentação de alguns prazos processuais, dado que todo o direito processual penal está sedimentado no conceito constitucional do *due process of law*.

O direito processual penal ostenta uma natureza instrumental²⁵¹, sendo meio de satisfação e proteção dos direitos e liberdades fundamentais do homem, exercendo a função de garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal²⁵², função esta estabelecida no princípio *nulla poena sine iudicio*²⁵³, decorrendo destes fundamentos o devido processo legal.

A consequência deste entendimento tão ampliado é o afastamento da autonomia do direito processual penal frente ao direito penal, conduzindo a uma restrição ao legislador que desborda do parâmetro constitucional da retroatividade e ultratividade da lei penal. Ainda que seja por demais relevante e valorosa na estrutura institucional a proteção das garantias constitucionais, não se pode afastar em relação a elas a regra geral dada pela própria Constituição, que é a da irretroatividade das leis, como se depreende do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, regra esta que é restringida apenas na seara estritamente penal. Desta maneira, ao considerar-se como norma penal uma norma que ostenta apenas

²⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. Direito intertemporal. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 22.

²⁵⁰ Neste sentido, pode-se citar, por exemplo, Aury Lopes Jr. para quem toda lei processual penal mais gravosa não incide em processo relativo a crime anterior, e, ainda, que a lei processual penal mais benéfica poder retroagir para beneficiar o réu, incluindo, aí questões ligadas à prova, concordando que o comando constitucional da irretroatividade da lei penal engloba também a lei processual penal. (LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250-251)

²⁵¹ A instrumentalidade do processo visa servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa (GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 41-42)

²⁵² PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica: uma visão constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156-157.

²⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

natureza processual, incorre-se em restrição indevida à ação do legislador, pois a norma por ele editada não poderá atingir, de fato, processos penais pendentes, implicando, ainda, em um excesso de proteção consentâneo com a ideia do hipergarantismo que deve ser afastada.

Temperando o entendimento da corrente ampliativa, entendemos que apenas as normas processuais que delimitem diretamente à liberdade do imputado²⁵⁴, tais como aquelas que regulam as hipóteses de prisão preventiva, liberdade provisória, medidas cautelares em geral, podem ser consideradas normas processuais de conteúdo material, porquanto, ainda que se possa entendê-las como matérias de ordem processual, atingem diretamente o bem jurídico tutelado pela norma penal, que é, em essência o direito de liberdade do indivíduo, estando abrangidas pelo regime jurídico de aplicação no tempo próprio das normas penais.

Desta maneira, na clássica hipótese de uma nova norma passar a ampliar o rol das hipóteses de decretação da prisão preventiva, tal norma estará sujeita ao regramento constitucional de direito intertemporal do direito penal, isto é, não poderá atingir os processos pendentes, pois mais gravosa, dado que seu referencial cronológico será o momento do delito e não o momento do ato processual em decorrência de seu conteúdo de direito penal material.²⁵⁵

Neste sentido, inclusive, é a diretriz hermenêutica do legislador trazida no art. 2º do Decreto-lei 3.931, de 11 de dezembro de 1941,²⁵⁶ ao reconhecer a retroatividade mais benigna relativa à prisão preventiva e à fiança.

Já quando houver possibilidade de lesão à algum direito ou garantia constitucional que não viole de forma direta à liberdade do imputado, como por exemplo o advento de leis modificando a competência do órgão jurisdicional, restringindo provas, reduzindo prazos processuais para a apresentação de defesa preliminar, eliminando recursos, estaremos diante de normas processuais com aplicação imediata.

Portanto, as normas mistas ou processuais de conteúdo material são aquelas que condicionam a responsabilização penal, em especial a pretensão punitiva, ou que aludam

²⁵⁴ Dizemos de forma direta, pois indiretamente todo o processo penal pode ameaçar a liberdade do agente, dado que a ação penal ajuizada visa impor a sanção penal, o que justifica a concessão de habeas corpus apenas pelo ajuizamento indevido da ação penal, como é reconhecido de forma tranquila pela jurisprudência.

²⁵⁵ Contra: Guilherme Nucci afirma que neste caso deverá ser levado em conta a data do ato processual e não do fato criminoso, admitindo que novas hipóteses de prisão cautelar possam ser previstas e aplicadas após o fato criminoso (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 3 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2004, p. 63).

²⁵⁶ Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

aos direitos fundamentais do imputado que digam respeito de forma direta à sua liberdade; em relação a estas, haverá a aplicação do regime de aplicação retroativa própria da norma penal pura com seu referencial cronológico.

É certo que em relação ao rito e à fase processual, deve-se ponderar que dada à unidade do processo, deverá ser respeitada a lei processual anterior quando a aplicação da lei processual nova sobre um ato processual se mostre incompatível com o rito anterior, como por exemplo quando ocorreu a extinção do recurso de protesto por novo júri quando este já havia sido interposto pela defesa e ainda não apreciado pelo órgão judicial competente, até porque pode-se invocar o direito adquirido ao recurso mencionado.

No tocante à prova, vem se entendendo que o regime probatório definido no direito processual possui a natureza de normas puramente processuais, uma vez que na seara processual penal o objeto da prova é a prática de um ato ilícito pretérito, que deve ser demonstrado pelas normas vigentes quando da produção probatória,²⁵⁷ até porque não atingem de forma direta ao direito de liberdade do imputado.

A aplicabilidade da Lei 12.850/13 no contexto do direito intertemporal deve levar em conta a dinâmica própria do instituto, analisando-se seus efeitos sob o aspecto subjetivo, isto é, sob a ótica do colaborador e sob a do delatado, valendo registrar de início que o diploma legal em questão entrou em vigor após o prazo nele previsto de *vacatio legis* de 45 dias após sua publicação oficial, que ocorreu em 5 de agosto de 2013, o que permite concluir que o novo diploma legal passou a vigor em 19 de setembro de 2013.

No tocante ao colaborador, à luz dos conceitos acima expendidos, facilmente é de se concluir que a colaboração premiada trazida pela Lei 12.850/13 é norma processual de conteúdo material, pois trata diretamente de questão afeta à liberdade do imputado, que poderá ter sua pena reduzida e até mesmo extinta pelo perdão judicial, e, assim, em tese e por ser norma mais benéfica, a colaboração premiada é aplicável a todos os processos pendentes relativos à organização criminosa, podendo, inclusive, retroagir para beneficiar o imputado.

É certo que o crime de organização criminosa foi tipificado no país justamente com a promulgação da Lei 12.850/13,²⁵⁸ e, assim, ao menos em princípio, não se apresentaria o problema de direito intertemporal no tocante à persecução do crime de organização criminosa, mormente após o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido que a

²⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. Direito intertemporal. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 34.

²⁵⁸ Cf. item 3.3. *infra*.

Convenção de Palermo não era suficiente para a configuração da figura da organização criminosa com fins penais.

Por outro lado, em sendo a organização criminosa um delito permanente, ou seja, sua consumação se protraí no tempo, a Lei 12.850/13 passa a incidir diretamente e forma integral, inclusive, quanto à tipificação do crime de organização criminosa para aquelas organizações criminosas que já existiam antes do início da vigência da lei e que prosseguiram em sua existência após o início da vigência do diploma legal.²⁵⁹

Não se pode olvidar que na apuração de alguns delitos específicos ocorridos e encerrados antes da vigência do novo diploma legal, ocorreram situações nas quais o órgão acusatório indicou de forma expressa na denúncia de que se tratava o delito objeto da ação penal praticado por uma organização criminosa.²⁶⁰

Assim, não se pode negar que a expressa menção na denúncia sobre a prática de crime em forma de organização criminosa (com menção expressa ou não à Lei 9.034/95), afirmada pelo próprio órgão acusatório, gera como consequência jurídica a instauração de uma persecução penal de organização criminosa. Lembremos que, como anota Badaró, a qualificação jurídica dada na denúncia tem relevantes repercussões jurídicas, inclusive, definindo competência e a adoção de procedimento especial que pode implicar na impossibilidade de concessão de fiança.²⁶¹ Por ser a denúncia uma projeção do futuro provimento jurisdicional dada à necessária correlação entre ambos, ainda que não se apure o crime de organização criminosa propriamente dito, mas apenas crimes decorrentes desta, estará configurado o procedimento especial de persecução penal de organização criminosa.

Ora, como esta persecução específica passou a ser regulada integralmente pelo novo diploma legal, e, em sendo o novo diploma legal mais benéfico ao imputado no tocante ao benefício da colaboração premiada, será o instituto aplicável aos processos

²⁵⁹ A questão do direito intertemporal em casos de crimes permanentes foi solucionada jurisprudencialmente pela edição da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, que assim reconheceu: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.”, que, inclusive, já contava a aquiescência da doutrina, podendo ser citado a título de exemplo Miguel Reale Junior para quem cabe a aplicação da lei posterior mais gravosa, se editada enquanto os delitos ainda não se perfizeram (REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 8)

²⁶⁰ Com esta indicação, visava o *Parquet* ou a aplicação de alguma exasperação da pena ou do regime de cumprimento de pena, tal como ocorre no crime de tráfico de drogas em relação à impossibilidade de diminuição de pena do crime de tráfico de drogas quando praticado por imputado que tenha integrado organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei de 11.343/06) e para os fins do art. 10 da Lei 9.034/95 (que previa o regime inicial fechado para cumprimento de pena quando o crime for decorrente de organização criminosa) ou, ainda, para impressionar o magistrado com a finalidade de obter maior rigor para a decretação de eventual prisão cautelar ou para a fixação de pena-base do crime objeto da ação penal.

²⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 197.

pendentes, bem como a processos findos, incidindo, pois, a possibilidade de que a colaboração premiada seja garantida a estes imputados pela retroatividade penal mais benéfica. Nesta última hipótese, poderá o colaborador ser agraciado inclusive com a redução da pena, mesmo com o trânsito em julgado, agora em sede de revisão criminal ou em sede de execução penal, caso preencha os requisitos legais, firmando acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e colaborando de forma eficaz para a persecução penal.

Passamos a tratar agora do direito intertemporal relacionado às formas de colaboração premiada específicas e a genérica que foram estipuladas em diplomas legais anteriores, bem como em relação aos crimes conexos.

A Lei 12.850/13 não revogou nenhuma das colaborações premiadas específicas, nem a genérica, razão pela qual no tocante aos prêmios legais tais normas ainda são válidas e são reguladas por seus respectivos diplomas legais, até porque não é lícito ao intérprete criar *terza legge* a pretexto de aplicar a norma mais favorável, conforme já mencionado neste trabalho.

Por outro lado, tendo em vista que a Lei 12.850/13 instituiu também o procedimento probatório de produção da colaboração premiada, sendo este procedimento aplicável por analogia a todos os outros procedimentos de colaboração premiada, tem-se que no tocante ao procedimento probatório, que se constitui como uma sequência de atos processuais em sentido estrito, há também a aplicabilidade imediata a todos os processos pendentes de crimes que admitam a colaboração premiada em uma de suas modalidades.

A salvaguarda legal consistente na incriminação da falsa colaboração como crime autônomo,²⁶² não poderá ser oposta evidentemente aos colaboradores anteriores, pois a lei penal, como já foi dito, não retroagirá para prejudicar o imputado.

Volvendo-se agora ao eventual delatado, este pode ser atingido com a colaboração apenas no tocante ao regime probatório, ou seja, quando ocorrer a chamada do corrêu ou a delação (na fase pré-processual) prestada pelo colaborador, que imputa ao delatado alguma infração penal. Tendo em vista que tais meios de prova já existiam no sistema processual pátrio antes da promulgação da Lei 12.850/13, sendo muito conhecido do direito processual penal brasileiro, é de se concluir que o procedimento probatório da colaboração premiada, por não inovar negativamente na esfera jurídica do delatado,²⁶³ poderá ser

²⁶² Art. 19 da Lei 12.850/13.

²⁶³ Note-se que neste ponto, embora evidentemente a colaboração premiada gere a maior eficiência da persecução penal no campo probatório, o que em princípio prejudica os interesses da defesa, não se pode

usado nos processos penais pendentes, sem que ocorra qualquer agravamento da situação jurídica do delatado.

A única ressalva diz respeito ao momento da sua utilização. Isto porque a colaboração premiada como meio de prova deve respeitar na sua produção os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. Assim, a defesa dos delatados, em seu enfoque probatório, somente poderá ser exercida durante a instrução processual, com a *cross examination* e a possibilidade efetiva de produção de provas opostas àquelas trazidas pela acusação, razão pela qual será a finalização da instrução processual e antes dos debates o termo final para que o órgão acusatório produza a colaboração premiada contra o delatado. Após a sentença, por exemplo, não mais poderá ser usada a colaboração de terceiro contra um delatado, sob pena de violação ao *due process of law* e do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

A regra de julgamento e valoração processual da *corroboration rule* prevista na Lei 12.850/13,²⁶⁴ por se tratar de norma processual,²⁶⁵ deve ter aplicação imediata para todos os processos penais pendentes de julgamento que se relacionem à colaboração premiada (específica ou genérica), inclusive, em análise de recursos pelas instâncias jurisdicionais superiores. No entanto, não retroage para atingir processos já findos (por meio de revisão criminal, por exemplo) dado que não se constitui esta norma, como entendemos, de norma processual de conteúdo material.

É de se reconhecer, conforme já mencionado neste trabalho no item 2.2.1 supra, que a jurisprudência já vinha delimitando a força probatória da delação de corrêu, exigindo a corroboração por outros meios de prova, e, assim, cremos que a regra da *corroboration* não implicará em relevante modificação jurídica dos processos pendentes.

2.11 INFLUÊNCIA INTERNACIONAL

O fenômeno da globalização, que é o processo pelo qual a vida social e econômica dos países é afetada diretamente pela influência internacional decorrente de

olvidar que a defesa poderá apresentar todos os meios probatórios lícitos e em direito admitidos para se contrapor aos novos elementos probatórios trazidos com a colaboração, e, assim, em termos jurídicos, a situação processual do acusado não sofre dano algum.

²⁶⁴ Art. 4, § 16, da Lei 12.850/13: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”

²⁶⁵ Uma vez que a valoração da prova é a fase conclusiva do procedimento probatório (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 160)

injunções econômicas e políticas²⁶⁶ vem gerando uma expressiva integração entre as Nações sob vários aspectos. A globalização adquiriu características específicas no final do século passado, podendo ser destacada a reestruturação do sistema financeiro mundial, criando-se mecanismos que possibilitaram o surgimento de transações e troca de informações que desafiam os limites de tempo e espaço.²⁶⁷

Sob o prisma econômico e de serviços, assiste-se pelo mundo a criação de mercados comuns, nos quais se construiu sistemas visando uma maior facilidade de circulação de bens e serviços entre as empresas e nacionais de vários países. São exemplos deste fenômeno o Mercosul²⁶⁸, e a Nafta²⁶⁹.

Já sob o prisma político e social, a União Europeia²⁷⁰ é ao melhor exemplo desta integração, uma vez que por meio desta união, foram constituídos órgãos de governo supranacionais, como o Parlamento Europeu e o Banco Central Europeu, havendo uma grande integração jurídica entre as nações europeias integrantes da União.

Como afirma Jorge Silveira, baseado na lição de Vogel,

[...] a globalização provoca uma verdadeira diminuição de relevância das legislações penais nacionais em face de um pluralismo político formado por ordenamentos jurídicos de diversos planos, que interagem entre si em um processo de intercâmbio. Tal pluralismo não se mostra formado unicamente por variações de ordenamentos infraestatais e supraestatais, mas também engloba a influência de novos agentes, que se mostram como organizações internacionais, lobbies, organização não governamentais, e, destacadamente, a influência de direitos nacionais de

²⁶⁶ HOUAISS, Antonio. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v2-3/html/index.htm#4>. Acesso em 12 jun. 2016.

²⁶⁷ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 60-62.

²⁶⁸ Mercado Comum do Sul, mais conhecido como Mercosul, foi criado em 1991 por meio do Tratado de Assunção, sendo o “[...] objetivo primordial do Tratado de Assunção é a integração dos Estados Partes por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, do estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, e da harmonização de legislações nas áreas pertinentes.”(MERCOSUL. Página oficial. Disponível em: < <http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercossul> > Acesso em 22 jun. 2016).

²⁶⁹ O Tratado Norte-Americano de Livre Comércio é um tratado envolvendo Canadá, México e Estados Unidos visando a integração econômica entre estes países, eliminando tarifas para permitir o comércio livre de mercadorias e investimentos entre os países. (NAFTANOWORG. North America Free Trade Agreement. Disponível em: < http://www.naftanow.org/faq_en.asp#faq-1 >. Acesso em 22 jun. 2016.)

²⁷⁰ “A União Europeia é uma união econômica e política de 28 Estados-membros independentes situados principalmente na Europa. O Tratado de Maastricht instituiu a União Europeia com o nome atual em 1993. A união Européia está fundada em princípios jurídicos voluntários e democráticos aprovados por seus membros, possuindo instituições supranacionais como o Parlamento Europeu e o Conselho da Europa, integrando os países-membros na área econômica, de imigração, relações exteriores e de justiça”(UNIÃO EUROPEIA. Site oficial. Disponível em: < https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt >. Acesso em 22 jun. 2016.)

estados mais poderosos (como os Estados Unidos da América do Norte) frente aos Direitos Penais de outros países.”²⁷¹

Neste sentido da diminuição da relevância das legislações locais pode ser citado o Acordo de Schengen²⁷², pelo qual se buscou criar um “espaço de liberdade, segurança e justiça entre os países europeus signatários, com ampla cooperação jurídica internacional, velando-se, ainda, pela implementação de normas comuns relativas aos direitos humanos.

Na seara da cooperação jurídica internacional própria do fenômeno da globalização, verifica-se a criação de novos institutos no direito processual penal europeu, em especial, o mandado de detenção europeu, que substitui procedimentos de extradição, sendo considerado pelo magistrado português Miguel Veiga como:

[...] Instrumento absolutamente essencial para o combate ao crime e o efectivo reconhecimento mútuo das decisões judiciais a propósito tomadas pelas autoridades competentes dos diversos Estados Membros da União Europeia”, constituindo etapa relevante da “ideia de cooperação judiciária na Europa(tendente, também ela, à criação de “um espaço de liberdade, segurança e justiça”)²⁷³

Este ideal de cooperação jurídica comum no plano internacional, vem gerando uma relevância cada vez maior das normas internacionais consubstanciadas em tratados e convenções internacionais, que passam a influenciar decisivamente a ordem jurídica interna, em especial, no direito processual penal.

Esta influência pode ser notada em dois aspectos: um relativo à atribuição de direitos aos acusados em geral quando da persecução penal consubstanciada nas declarações internacionais de direitos humanos; outro na atribuição aos Estados de meios jurídicos necessários para a repressão de alguns delitos, fundado na necessidade de uma harmonização mínima entre os sistemas penais dos Estados-membros de forma a permitir a cooperação jurídica internacional.

²⁷¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). Livro homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro, p.561-585 (p. 573)

²⁷² “O Acordo de Schengen é uma convenção entre países europeus sobre uma política de abertura das fronteiras e livre circulação de pessoas entre os países signatários, tendo sido inicialmente criado em 1985 e posteriormente expandido pelo Tratado de Lisboa, que visou implantar um espaço de liberdade, segurança e justiça, que vai além da cooperação policial e judiciária e visa a implementação de políticas comuns no tocante a concessão de vistos, asilo e imigração, mediante substituição do método intergovernamental pelo método comunitário.(SCHENGEN: A porta para a sua liberdade de circulação na Europa. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/QC0213227PTC.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016).

²⁷³ VEIGA, António Miguel. Da relevância da vontade do visado na extradição passiva e na execução do mandado de detenção europeu: a solução portuguesa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 22, n. 4, p.581-631, out./dez. 2012, p. 626.

Neste sentido, Scarance Fernandes reconhece duas linhas na criação de normas processuais penais pelos instrumentos internacionais: a) regras de proteção dos direitos humanos com a finalidade de estabelecimento do processo penal justo; b) regras repressivas com o objetivo de estimular os Estados a instituírem preceitos para a eficiente persecução penal de alguns crimes.²⁷⁴

Embora aparentemente conflitantes, os dois aspectos estão interligados na busca do que se denomina da justiça penal internacional, que somente será concretizada por meio da repressão eficiente de certos delitos graves e com repercussões até internacionais, repressão esta que deverá ser realizada de acordo com parâmetros legais mínimos de garantia aos acusados, reconhecidos internacionalmente como suficientes para se assegurar o *due process of law*.

Esta influência internacional nos ordenamentos de direito interno vem ocorrendo de forma constante em decorrência dos compromissos internacionais assumidos pelos Estados soberanos.

Em relação ao primeiro aspecto acima mencionado, pode ser exemplificado pelo caso da Itália. Neste país, nos anos 2000 ocorreu uma reforma da Constituição Italiana, visando justamente tornar efetivas as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos, vindo a culminar com a modificação do art. 111 da Carta Magna italiana, no qual foi inserido o núcleo central das garantias da Convenção, que se consubstanciam no “justo processo”.²⁷⁵ Por sua vez, o conceito do “justo processo” trazido para o sistema italiano em decorrência da Convenção Europeia de Direitos Humanos não se exaure em uma série de garantias singulares, mas apenas na coordenação necessária entre garantias concorrentes, visando prevenir a redução do processo a uma forma substancialmente vazia²⁷⁶.

Neste mesmo sentido, pode ser considerada uma influência internacional relevante no ordenamento brasileiro a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, pela qual foi inserido o §3º, do art. 5º, na Constituição Federal pela qual ocorreu a inclusão

²⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. (coord) *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

²⁷⁵ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

²⁷⁶ BALSAMO, Antonio. L'inserimento nella carta costituzionale dei principi del giusto processo e la valenza probatoria delle contestazioni nell'esame dibattimentale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 45, p.471-494, 2002, p. 473.

dos tratados internacionais de direitos humanos no bojo da Constituição em apontado “bloco de constitucionalidade”²⁷⁷ na proteção de direitos e garantias individuais.

Sob o aspecto repressivo, desenvolveu-se outra matriz normativa nos instrumentos internacionais visando assegurar a persecução penal de duas categorias de delitos: a punição de crimes graves e transnacionais e a punição de condutas consistentes em crimes contra a humanidade, sendo certo que os tratados e convenções internacionais relacionados ao primeiro grupo visaram estimular a maior eficiência na punição desta criminalidade, com “a adoção de mecanismos processuais especiais: sequestro e perda ou confisco de bens, inversão de ônus da prova, técnicas aprimoradas de investigação, rigor nas prisões cautelares e no cumprimento de pena.”²⁷⁸

Interessa aos fins deste trabalho apenas o primeiro grupo, podendo ser mencionadas algumas destas convenções internacionais com enfoque específico no objeto deste trabalho.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como a Convenção de Mérida, adotada em 31 de outubro de 2004 e integrada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, reconhecendo que a corrupção deixou de ser um problema local, convertendo-se em um problema transnacional, estipulou, dentre várias disposições acerca da incriminação de condutas, alguns mecanismos processuais para dar maior eficiência ao combate do delito e de forma marcante a colaboração premiada.

De fato, previu o art. 37 da convenção a cooperação de pessoas envolvidas em delitos de corrupção com as autoridades públicas encarregadas da repressão, incentivando os Estados-parte a mitigarem a pena das pessoas acusadas que prestem cooperação substancial à investigação dos delitos previstos na Convenção²⁷⁹, incentivando, ainda, a concessão até mesmo da imunidade judicial a estes imputados,²⁸⁰ além da concessão de proteção a estes denunciante.²⁸¹

²⁷⁷ “O bloco de constitucionalidade é formado pela constituição e pelos tratados de direitos internacionais envolvendo direitos humanos, ratificados pelo país, que servem de parâmetro para o controle das demais normas internas.”(BANDEIRA, Marcos Thompson. O bloco de constitucionalidade e a garantia do duplo grau de jurisdição. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 254, p.12-13, jan. 2014)

²⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. (coord) *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

²⁷⁹ Art. 37, 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.”

²⁸⁰ Art. 37, 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

De forma mais específica, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado²⁸² trouxe a mais forte influência internacional sobre o ordenamento jurídico interno no tocante à Lei 12.850/13.

A Convenção de Palermo trouxe algumas recomendações sobre a repressão e prevenção ao crime organizado, podendo ser citadas, dentre outras: a) penalização dos delitos cometidos por grupos criminosos organizados; b) penalização da obstrução da justiça; c) estreitamento da cooperação internacional na luta contra o crime organizado, prevendo, inclusive diligências realizadas por videoconferência; d) adoção de medidas de proteção às testemunhas de crimes praticados pela organização criminosa; e) adoção de técnicas especiais de investigação para a eficiente repressão ao crime organizado; f) a penalização da lavagem de dinheiro e o branqueamento de produtos de origem ilícita.²⁸³

Inicialmente a convenção trouxe um parâmetro normativo interno para a definição de organização criminosa, suprindo a lacuna do nosso ordenamento, tendo sido esta definição de organização criminosa usada pelos operadores do direito desde a integração do uso dos meios de obtenção de prova especiais previstos na revogada Lei 9.034/95, chegando até mesmo a suprir uma lacuna do ordenamento jurídico no que diz respeito à tipificação de delito (uma das modalidades de crime de lavagem de dinheiro).

Por outro lado, depreende-se que o próprio conceito de organização criminosa trazido pela Lei 12.850/13 está inspirado quase que totalmente na definição trazida pela Convenção de Palermo, com pequenas variações como será analisado neste trabalho.²⁸⁴

A Convenção de Palermo dispôs, ainda, sobre instrumentos processuais para dar maior eficiência à persecução penal do crime organizado, incentivando os Estados signatários a valerem-se de instrumentos processuais como a entrega vigiada, infiltração de

cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.”

²⁸¹ Art. 37, 4, da Convenção.

²⁸² Conhecida como “Convenção de Palermo” e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 5015, de 12 de março de 2004. É conhecida como Convenção de Palermo em homenagem aos magistrados Giovanni Falcone e Paolo Borsellino que atuavam de forma incisiva e marcante na luta contra a máfia italiana e que foram assassinados na cidade de Palermo de forma brutal com a utilização de grande quantidade de explosivos, fato que desencadeou muitas mudanças normativas na Itália visando combater o crime organizado naquele país. Assim, esta convenção internacional foi denominada Convenção de Palermo para homenagear estes mártires italianos que foram assassinados em razão de cumprirem seu dever de repressão ao crime organizado (GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de Palermo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.179-180)

²⁸³ GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de Palermo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 35-36.

²⁸⁴ Item 3.3 *infra*.

agentes, vigilância eletrônica,²⁸⁵ e, ainda, a colaboração premiada, todos estes instrumentos efetivamente alcançados pelas novas disposições da Lei 12.850/13.

Sobre a colaboração premiada, de forma específica previu a Convenção em seu art. 26 que:

“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.”

²⁸⁵ Art. 20 da Convenção: “Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada. 2. Para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas. 3. Na ausência dos acordos ou protocolos referidos no parágrafo 2º do presente Artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos ou protocolos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados. 4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.”

Verifica-se que as hipóteses de colaboração premiada previstas no art. 4º da Lei 12.850/13 (colaboração na identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; na revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; na prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; na recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - na localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.) são de todas similares ao quanto previsto no art. 26, 1, da Convenção.

É de se notar, ainda, que a própria Convenção menciona a possibilidade de que esta colaboração possa ser usada para a redução da pena do colaborador (art. 26, 2) e, ainda, até mesmo gerar a imunidade dele (art. 26, 3) em caso de efetiva colaboração com a persecução penal. Tais disposições também foram acompanhadas pela Lei 12.850/13 em seu art. 4º, caput e parágrafos 2º e 4º, considerando-se que o não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e o perdão judicial podem ser considerados lato sensu formas de imunidade, pois afastam a aplicação da pena ao colaborador da justiça.

A proteção ao colaborador prevista no art. 5º da Lei 12.850/13²⁸⁶ também está consagrada no art. 26, 4, da Convenção.

Ou seja, de forma geral a Lei 12.850/13 acabou por atender às recomendações da Convenção de Palermo no tocante à colaboração premiada.

Depreendemos das observações acima que a colaboração premiada em relação à sua estrutura normativa concernente ao aspecto de direito material penal material foi influenciada de forma marcante pela Convenção de Palermo, abrangendo as mesmas hipóteses de colaboração eficaz e prêmios legais ao colaborador relacionados à sanção penal, ainda que seja possível antever outras influências no regime de direito material.

Já no tocante ao regime processual da colaboração premiada percebe-se uma clara influência do direito italiano no diploma legal, que será melhor analisada durante a exposição do trabalho; contudo, podemos aqui identificar brevemente algumas influências do direito italiano.

²⁸⁶“São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.”

A primeira delas diz respeito à necessidade do acordo formal entre o órgão acusador e o colaborador, que no direito italiano consubstancia-se no *verbale illustrativo*²⁸⁷ e na Lei 12.850/13 no acordo de colaboração premiada.

Por outro lado, a salvaguarda legal que impede a condenação do delatado exclusivamente fundada nas declarações do colaborador²⁸⁸ foi influenciada pelo disposto no art. 192, §§ 3o e 4o do Código de Processo Penal italiano que preveem que as declarações do imputado (chiamata in correità) pelo mesmo crime ou por crime conexo ou coligado somente possuem valor probatório perante o delatado se sua credibilidade for confirmada por outros elementos probatórios,²⁸⁹ conforme será analisado no capítulo 6 desta obra.

A previsão do direito italiano da possibilidade de concessão de benefícios em relação ao regime de cumprimento de pena, pelo qual o colaborador pode ser agraciado com a prisão domiciliar, livramento condicional, dentre outros, como se depreende do art. 16-nonies Decreto-lei n. 8/91, introduzido com a Lei 45/01,²⁹⁰ que trata dos benefícios

²⁸⁷ Previsto no art. 16-quarter do Decreto-lei n. 8/91, introduzido com a Lei 45/01.

²⁸⁸ art. 4,§ 16. “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”

²⁸⁹ Art. 192. *Valutazione della prova*.1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti.3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b).”

²⁹⁰ Art. 16-nonies Decreto-legge n. 8/91: “Art. 16-nonies. - (Benefici penitenziari) – 1. Nei confronti delle persone condannate per un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale o per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, che abbiano prestato, anche dopo la condanna, taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali, la liberazione condizionale, la concessione dei permessi premio e l'ammissione alla misura della detenzione domiciliare prevista dall'articolo 47-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, sono disposte su proposta ovvero sentiti i procuratori generali presso le corti di appello interessati a norma dell'articolo 11 del presente decreto o il procuratore nazionale antimafia.2. Nella proposta o nel parere i procuratori generali o il procuratore nazionale antimafia forniscono ogni utile informazione sulle caratteristiche della collaborazione prestata. Su richiesta del tribunale o del magistrato di sorveglianza, allegano alla proposta o al parere copia del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione e, se si tratta di persona sottoposta a speciali misure di protezione, il relativo provvedimento di applicazione.3. La proposta o il parere indicati nel comma 2 contengono inoltre la valutazione della condotta e della pericolosità sociale del condannato e precisano in specie se questi si è mai rifiutato di sottoporsi a interrogatorio o a esame o ad altro atto di indagine nel corso dei procedimenti penali in cui ha prestato la sua collaborazione. Precisano inoltre gli altri elementi rilevanti ai fini dell'accertamento del ravvedimento anche con riferimento alla attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.4. Acquisiti la proposta o il parere indicati nei commi 2 e 3, il tribunale o il magistrato di sorveglianza, se ritiene che sussistano i presupposti di cui al comma 1, avuto riguardo all'importanza della collaborazione e sempre che sussista il ravvedimento e non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva, adotta il provvedimento indicato nel comma 1 anche in deroga alle vigenti disposizioni, ivi comprese quelle relative ai limiti di pena di cui all'articolo 176 del codice penale e agli articoli 30-ter e 47-ter

atribuídos aos colaboradores da Justiça em relação aos crimes praticados com a finalidade de terrorismo e subversão da ordem pública, além de outros delitos, encontra correlação com benefícios penitenciários permitidos pela Lei 12.850/13, tal como o previsto no art. 4o, parágrafo 5o, que prevê a possibilidade anômala de benefício penitenciário de progressão de regime de cumprimento de pena para os casos de colaboração posterior à sentença condenatória.

Vale registrar que o sistema de colaboração premiada distingue-se do sistema italiano em razão de ter sido este criado com fundamento no fenômeno da emergência legislativa, enquanto o sistema pátrio não pode ser assim considerado.

Pela breve análise do histórico do instituto da colaboração premiada realizada neste trabalho, verifica-se que a instituição e o desenvolvimento da colaboração premiada vem ocorrendo de forma gradual e constante no país após o advento da democrática Carta Política de 1988, diferenciando este desenvolvimento da experiência italiana e europeia, que é marcada por se inserir no fenômeno da legislação de emergência, excepcionando os cânones legais para permitir a persecução penal de um tipo de criminalidade específica normalmente como resposta legislativa em decorrência de graves fatos determinados que causam comoção social.

della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. Il provvedimento è specificamente motivato nei casi in cui le autorità indicate nel comma 2 del presente articolo hanno espresso parere sfavorevole. I provvedimenti che derogano ai limiti di pena possono essere adottati soltanto se, entro il termine prescritto dall'articolo 16-quater è stato redatto il verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione previsto dal medesimo articolo 16-quater e, salvo che non si tratti di permesso premio, soltanto dopo la espiazione di almeno un quarto della pena inflitta ovvero, se si tratta di condannato all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni di pena.5. Se la collaborazione prestata dopo la condanna riguarda fatti diversi da quelli per i quali è intervenuta la condanna stessa, i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi in deroga alle disposizioni vigenti solo dopo l'emissione della sentenza di primo grado concernente i fatti oggetto della collaborazione che ne confermi i requisiti di cui all'articolo 9, comma 3.6. Le modalità di attuazione dei provvedimenti indicati nel comma 4 sono stabilite sentiti gli organi che provvedono alla tutela o alla protezione dei soggetti interessati e possono essere tali organi a provvedere alle notifiche, alle comunicazioni e alla esecuzione delle disposizioni del tribunale o del magistrato di sorveglianza.7. La modifica o la revoca dei provvedimenti è disposta d'ufficio ovvero su proposta o parere delle autorità indicate nel comma 2. Nei casi di urgenza, il magistrato di sorveglianza può disporre con decreto motivato la sospensione cautelativa dei provvedimenti. La sospensione cessa di avere efficacia se, trattandosi di provvedimento di competenza del tribunale di sorveglianza, questo non interviene entro sessanta giorni dalla ricezione degli atti. Ai fini della modifica, della revoca o della sospensione cautelativa dei provvedimenti assumono specifico rilievo quelle condotte tenute dal soggetto interessato che, a norma degli articoli 13-quater e 16-septies, possono comportare la modifica o la revoca delle speciali misure di protezione ovvero la revisione delle sentenze che hanno concesso taluna delle attenuanti in materia di collaborazione.8. Quando i provvedimenti di liberazione condizionale, di assegnazione al lavoro all'esterno, di concessione dei permessi premio e di ammissione a taluna delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, sono adottati nei confronti di persona sottoposta a speciali misure di protezione, la competenza appartiene al tribunale o al magistrato di sorveglianza del luogo in cui la persona medesima ha eletto il domicilio a norma dell'articolo 12, comma 3-bis, del presente decreto”.

Além disso, diversamente do que ocorreu na Itália, não se verificou no país em relação à Lei 12.850/13 o que Carlo Riva chama de política criminal do duplo binário, isto é, concomitantemente dar favores legais particulares a aqueles que colaboram com a justiça na descoberta dos crime e individualização e captura dos coimputados, de um lado, e atribuir particular rigor aqueles que não querem cooperar.²⁹¹

A colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13 não afasta daquele que não quer colaborar com a justiça qualquer direito ou garantia processual, nem subtrai dele qualquer benefício de ordem material incidente sobre sua pena; instituiu apenas benefícios para aqueles que querem cooperar. Entendemos que a simples instituição do tipo penal relativo ao crime organizado e os demais crimes acessórios pela lei em estudo não se insere no fenômeno da legislação de emergência, decorrendo apenas da necessidade de suprir uma lacuna há muito existente no país, como se depreende dos próprios tratados e convenções internacionais mencionados.

No caso brasileiro, o desenvolvimento da colaboração premiada vem se firmando em relação a várias espécies de crimes, havendo, inclusive, a intenção do legislador em estender a todos os crimes plurissubjetivos a possibilidade da colaboração premiada por meio da Lei n. 9.807/99. Note-se que não se verifica nenhum fato criminoso específico que tenha gerado um clamor social como causador a todo este desenvolvimento legislativo, razão pela qual entendemos que este desenvolvimento está fundado no natural aperfeiçoamento histórico do direito, que é vivo e acompanha o desenvolvimento social.²⁹²

Ante a intenção do legislador em estender a todos os crimes praticados de forma associativa, sem que tenha havido fatos específicos deflagradores de comoção social ou clamor público que justificasse esta intenção, não pode a colaboração premiada mais ser

²⁹¹ RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei. In: MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia. *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*. Milano: Giuffrè / Iuscrim, 2000. p. 345-394. Como aduz o autor o legislador italiano construiu um modelo penal diferenciado para punir o crime organizado, instituindo causa de aumento de pena de 1/3 a 1/2 para aqueles que cometessem qualquer crime valendo-se da condição de integrante de associação criminosa do tipo mafioso, o que não acontece no país.

²⁹² Como assenta Nader: “As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz e segurança, justiça, que o Direito visa atender, exige procedimentos sempre novos. Se o Direito se envelhece, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para o qual foi criado. Não basta, portanto, o ser do Direito na sociedade, é indispensável o ser atuante, o ser atualizado. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social.”(NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*: de acordo com a lei 13.146/2015 – estatuto da pessoa com deficiência. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 19).

considerada uma legislação alheia ao sistema normal da persecução penal, afastando-se do tradicional modelo de legislação de emergência.²⁹³

Destarte, verifica-se que a Lei 12.850/13 e a instituição por ela da colaboração premiada desvincula-se ao fenômeno da legislação de emergência, inserindo-se apenas na busca de eficiência da persecução penal, mas com respeito às garantias constitucionais.²⁹⁴

Pode-se perceber, ainda, alguma influência do direito estadunidense em relação à colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13 no tocante à quebra de um dos princípios basilares do processo penal brasileiro que é o da obrigatoriedade da ação penal. O Ministério Público poderá deixar de oferecer a ação penal em alguns casos expressamente previstos em lei²⁹⁵ por meio de acordo com o imputado e seu defensor, o que vai ao encontro do sistema jurídico americano no qual vige o princípio da disponibilidade da ação penal.

Esta influência do direito norte-americano é sentida também em relação à ampliação do direito de defesa do imputado por meio da colaboração premiada. No entanto, a aproximação do sistema pátrio com o *plea bargaining* é limitada, uma vez que não há possibilidade de que o acordo de colaboração premiada possa modificar fatos ou qualificações jurídicas do delito, como ocorre no sistema anglo-saxão.

Em verdade, tendo como referência os tradicionais princípios da *civil law*, vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, a assimilação com o *plea bargaining* pela colaboração premiada é muito superficial, dada a vigência nos países de tradição continental europeia do princípio da legalidade do processo e das penas²⁹⁶, enquanto no sistema americano o juiz ou o júri tem uma ampla liberdade de fixação da pena, dado que os limites legais são muito largos.²⁹⁷

A renúncia ao *privilege against self-incrimination* do colaborador-imputado também foi influenciada pelo direito norte-americano, pois naquele país o acusado que presta depoimento perante o Tribunal assume a posição de testemunha, estando sujeito ao

²⁹³ Contra: Oliveira de Carvalho entende que a colaboração premiada no país insere-se no fenômeno da legislação de emergência, como forma de resposta estatal às pressões instantâneas, dando à legislação de emergência contornos de “temível generalidade.” (CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.80-82).

²⁹⁴ Distinguindo-se, ainda, do desenvolvimento ocorrido no direito estadunidense, que tem na colaboração premiada um desdobramento do princípio da oportunidade que rege aquele sistema processual penal (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 39)

²⁹⁵ Art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/13.

²⁹⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 45.

²⁹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 76

crime de falso testemunho (*perjury*)²⁹⁸ e da mesma forma ocorre com o imputado-colaborador que realiza acordo de colaboração com a acusação pública.²⁹⁹ Esta influência americana foi sentida na Lei 12.850/13 que, de forma totalmente inovadora no ordenamento jurídico pátrio, previu a prática de infração penal por um imputado no processo penal, desde que ele preste falsamente declarações perante a autoridade sob o pretexto de colaborar com a Justiça.

Embora o direito italiano também tenha disposição legal acerca da renúncia pelo imputado ao direito constitucional de não se auto-incriminar, atuando como uma testemunha em relação ao delatado e sujeito ao crime de falso testemunha,³⁰⁰ a disposição é mais restrita e apenas tem incidência em relação aos crimes coligados ou conexos sob algumas condições.³⁰¹

Sobre o sistema italiano e o estadunidense, Amodio observa que, dada às peculiaridades destes sistemas processuais, na Itália há uma preocupação garantista com o delatado contra acusações falsas, enquanto nos Estados Unidos há uma maior preocupação com a posição do colaborador da justiça em face à renúncia por ele de um direito constitucional (*privilege against self-incrimination*) e à inexistência da obrigatoriedade da ação penal, que conduz ao colaborador ficar sujeito a discricionária atuação do *prosecutor*.³⁰²

Por ser o resultado de uma soma da influência de fontes internacionais e de fontes do direito comparado, em especial, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, o direito italiano e o direito norte-americano, verifica-se no sistema da colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13 a preocupação do legislador tanto com o colaborador, ao prever normas relativas à sua proteção, verificação de sua voluntariedade e concessão de nova forma de exercício de defesa, quanto com o delatado, ao prever a *corroborations rule*.

A influência do direito comparado e internacional é atualmente uma das tendências decorrentes da globalização, que traz inegáveis avanços jurídicos, como pode ser visto pela própria expansão dos direitos humanos em seu aspecto jurídico no país, em

²⁹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221

²⁹⁹ DIEZ, Manuel Quintanar. *La justicia penal e los denominados "arrepentidos"*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 228.

³⁰⁰ Art. 210, inciso 4, do Código de Processo Penal italiano.

³⁰¹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, P. 159.

³⁰² AMODIO, Ennio. I "pentiti" nella "common law". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, v. 29, n. 4, p. 991-1.003, ott./dic. 1986, p. 993-994.

especial, com a Emenda Constitucional n. 45, que incluiu o parágrafo 3o, no art. 5o, da Carta Magna,³⁰³ consagrando a influência internacional dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

Os ordenamentos jurídicos devem estar abertos à influência internacional como forma de aperfeiçoamento do direito interno, até porque a influência específica de tratados internacionais decorre do papel harmonizador dado por estes tratados entre os direitos internos dos países signatários.

A quase totalidade das garantias constitucionais individuais previstas no art. 5o, da Carta Magna foram desenvolvidas a partir de experiências de outros países, e integradas a nosso ordenamento jurídico como princípios civilizatórios, podendo ser citados os princípios da legalidade, da isonomia, da irretroatividade da lei penal, dentre outros, o que bem demonstra claro benefício ao sistema jurídico nacional com a importação de institutos já consagrados no direito internacional e no direito comparado.

No Brasil pode ser percebida uma resistência à esta influência internacional, como se depreende da demora na implantação da proibição da prisão civil por dívidas prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, e da audiência de custódia também ali prevista.

O mesmo ocorre com a colaboração premiada. Sendo esta um instituto que, embora já tenha tido aplicação no país em época remota,³⁰⁴ não está contido na tradição do direito brasileiro, sofre com isso também muita resistência dos aplicadores do direito e da doutrina, como será analisado neste trabalho.

De qualquer forma, dada sua aplicabilidade em diversos países desenvolvidos, os mesmos que contribuíram para a criação e desenvolvimento de grande parte de nossas garantias constitucionais, é de se concluir que deve ser reconhecido o instituto da colaboração premiada como necessário, eficaz e, além de tudo, legítimo em face do direito internacional e do direito comparado; impõe-se, pois, libertar-se os operadores do direito do estigma do instituto da colaboração premiada ligado à origem inquisitorial do instituto que no passado fomentou práticas reprováveis e violadora dos direitos humanos.

³⁰³ Art. 5º, § 3º, da Constituição Federal: ‘Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.’

³⁰⁴ A colaboração premiada é um instituto que já foi aplicado no país antes do período da República e que perdeu aplicabilidade em território nacional por mais de 150 anos, se considerarmos as Ordenações Filipinas que vigiram em relação ao processo penal até 1832 e a previsão da Lei de Crimes Hediondos.(vide item 2.1. *supra*)

3 ÉTICA E EFICIÊNCIA CONTRA O CRIME ORGANIZADO

Uma das grandes objeções ao instituto da colaboração premiada refere-se à violação ética que o instituto conduz, impondo-se, pois, a análise desta questão, de forma a perquirir se realmente esta impugnação é válida, passando-se a análise da relação entre a ética e o direito.

3.1 ÉTICA E DIREITO

A ética,³⁰⁵ cuja etimologia esta ligada à raiz grega *ethos*³⁰⁶, pode ser conceituada de forma breve como “[...] parte da filosofia responsável pela investigação dos princípios que motivam, distorcem, disciplinam ou orientam o comportamento humano, refletindo a respeito da essência das normas, valores, prescrições e exortações presentes em qualquer realidade social”³⁰⁷, ou de forma sucinta por Luño como “[...] *la parte de la filosofía que estudia a moralidade del obrar humano; es decir, considera los actos humanos em cuanto son buenos o malos*”.³⁰⁸

Ética e Moral ostentam concepção tão interligadas, que já foram considerados vocábulos sinônimos entre si, dada sua etimologia,³⁰⁹ mas entende-se de forma

³⁰⁵ Vale inicialmente o registro que as definições de ética são muito variadas e alteram-se com o tempo e a evolução da sociedade, não sendo possível neste trabalho, dadas suas limitações o estudo aprofundado do tema. De qualquer sorte, para os fins deste trabalho, usaremos a definição apresentada, reconhecendo-se, contudo, a especial profundidade do tema sob o aspecto filosófico e sociológico que ostentam limites muito mais amplos.

³⁰⁶ Aduzem Pozzoli e Braz da Silva que o vocábulo ética advém da raiz grega *ethos*, “que traz a ideia de: o *costume*, o *hábito*;” portanto, nesta visão, a ética é o instrumento pelo qual se determina a valorização dos comportamentos e das ações humanas no intuito de medir-lhes quanto às suas utilidades, finalidades, seus direcionamentos, as conseqüências, os mecanismos, os frutos etc”(POZZOLI, Lafayette; SILVA, Luciano Braz da. A ética e a virtude como matrizes da concepção de justiça na filosofia grega clássica. In:POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir. *Matrizes dos conceitos de justiça*. 1 ed. São PAULO: Letras Jurídicas, 2010, p. 27)

³⁰⁷ Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=%25C3%25A9tica>>. Acesso em 12 fev. 2016

³⁰⁸ LUNO, Angel Rodriguez. *Ética*. Pamplona: Ed. Eunsa, 1984, p. 17.

³⁰⁹ Luc Ferry indaga e apresenta a resposta acerca da etimologia dos vocábulos: “Deve-se dizer 'moral' ou 'ética', e que diferença existe entre os dois termos? Resposta simples e clara: a priori, nenhuma, e você pode utilizá-los indiferentemente. A palavra 'moral' vem da palavra latina que significa 'costumes', e a palavra 'ética', da palavra grega que também significa 'costumes'. São, pois, sinônimos perfeitos e só diferem pela língua de origem.”(FERRY, LUC. *Aprender a viver – Filosofia para os novos tempos.*, p. 31. APUD NALINI, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 113.)

predominante que a Ética é ciência,³¹⁰ tendo como objeto o comportamento moral dos homens na sociedade.³¹¹

Para Bittar, a Moral é “o conteúdo da especulação ética”, sendo a Moral o instrumento da Ética de avaliação, mensuração, discussão e crítica,³¹² apontando o autor que a Moral está ligada à coletividade, pois é “[...] o conjunto de valores medianos consagrados como pressão social controladora dos comportamentos individuais”, enquanto a Ética esta vinculada à individualidade, pois a Ética “[...] é a capacidade de ação autônoma do indivíduo que se encontra enredado nas tramas de um contexto moral.”³¹³

A Ética traz consigo um valor universal e eterno de solidariedade, paz e justiça,³¹⁴ voltada para o melhor do comportamento humano,³¹⁵ tendo como objeto o que se denomina de moralidade positiva entendida como “[...] o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem.”³¹⁶

Assim, destes conceitos verifica-se que a Ética e a Moral estão entrelaçadas de forma indissociável, consignando-se que ambas estabelecem juízos de valor sobre o que torna bom o comportamento humano,³¹⁷ visando aperfeiçoar a convivência entre os seres humanos.

Anotam Teixeira de Azevedo e Dias de Azevedo que:

³¹⁰ BERTEN, André. *Filosofia social: a responsabilidade social do filósofo*. Tradução: Mareio Anatole de Sousa Romeiro. São Paulo: Paulus, 2004.

³¹¹ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 40. Felipe Pondé observa que: “Para a maioria, ética é o campo das normas de conduta, enquanto moral é a parte da filosofia que reflete hábitos e costumes. Ambas são duas coisas ao mesmo tempo, porque faz parte da reflexão sobre hábitos e costumes pensar sobre as normas que devem reger estes hábitos e costumes. E mais: não existem hábitos e costumes que não sejam permeados de normas, muitas vezes quase automáticas ou espontâneas.”(PONDÉ, Luis Felipe. *Filosofia para corajosos*. 1. Ed. São Paulo: Planeta, 2016, p. 105-106).

³¹² BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32-33.

³¹³ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33

³¹⁴ “La ética es también un valor superracional, ni irracional ni confesional, que abarca todo el mundo. Esta ética exige (ai tiempo que posibilita) la tendencia en todo tiempo y lugar hacia la solidaridad, la paz, la justicia, la comprensión, la felicidad, e! amor y la responsabilidad (más que a la mera reparación de la culpa). Nuestra ética no es sólo una ética del deber, sino también una fuerza gratificante, una esperanza, un camino para la autorrealización personal”(BERISTAIN, Antonio. “Ética em la criminología europea”.*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, julh/set. 1999, p. 231.)

³¹⁵ Bittar declara que “Todas as éticas, sejam quais forem suas orientações, premissas, engajamentos e preocupações, sempre elegem “o melhor” como sendo a finalidade do comportamento humano”, indicando lição de Miguel Reale, pela qual: “A meta da atividade ética é dada pelo valor do bem que pode ser de cunho moral, religioso, econômico, estético, etc, desde que posto como razão essencial de agir”(BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47-48).

³¹⁶ NALINI, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 114.

³¹⁷ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas introdutórias à ética jurídica*. São Paulo : Cultural. 2002, p. 26

A personalidade humana imanta necessariamente valores porque o homem é um ser que respira e transpira valores. Seu olhar para o mundo é um olhar para mediato por lentes axiológicas. Sempre o homem decide segundo opções valorativas sobre o bem e o mal, o justo e o injusto, o falso ou verdadeiro sob o *prima ético*.³¹⁸

Sobre a natureza das normas morais, parte da doutrina denominada absolutista considera que tais normais são universais e atemporais, enquanto em sentido contrário a doutrina relativista e empirista considera tais normas historicamente condicionadas e mutáveis.³¹⁹

Vale consignar, de forma especial, a ética utilitarista difundida por Jeremy Bentham. Para a filosofia utilitarista, “Do cálculo e da somatória das relações entre dor e prazer, na avaliação de alguma coisa, é que se pode extrair o conceito de que é boa ou má; sua utilidade se mede dessa forma.”³²⁰ Sobre a utilidade:

[...] se entende aquela propriedade, em qualquer objeto, mediante a qual tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isso no caso presente é a mesma coisa) ou (o que novamente é a mesma coisa) a prevenir que ocorra um dano, dor, mal ou infelicidade à parte cujo interesse é considerado”, na qual o utilitarismo ostenta relevância moral caso tenha como finalidade atingir valores moralmente aceitos.³²¹

Para Bentham: “Em sentido amplo, a ética pode definir-se como a arte de dirigir as ações do homem para produção da maior quantidade possível de felicidade em benefício daqueles cujos interesses estão em jogo.” Após afastar a falácia de que “os fins justificam os meios”, Nalini reconhece que a teoria da moral utilitarista é válida acaso conciliada com a teoria das finalidades úteis, pela qual haverá “[...] o prudente emprego dos meios aptos à consecução de fins moralmente valiosos”, decorrendo, assim, o sentido moral do utilitarismo.³²²

Bittar reconhece que pela ética utilitarista serão punidas algumas condutas e estimuladas outras, na exata medida em que concorram ou não para a felicidade da coletividade, consignando, ainda, que por meio do utilitarismo o legislador é orientado a

³¹⁸ AZEVEDO, David Teixeira de; AZEVEDO, André Dias de. A lei anticorrupção e os programas de compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. p.55-60

³¹⁹ NALINI, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 120.

³²⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 306.

³²¹ NALINI, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 127-130

³²² NALINI, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 130-131.

que nenhum crime seja punido com sanção mais grave que os efeitos da conduta, devendo-se respeitar a efetiva proporcionalidade, e, ainda, que em caso de crimes concorrentes se estimule ao cometimento do menos grave e que em cada etapa de um crime se estimule o criminoso ao arrependimento.³²³ Estas contribuições do utilitarismo ao Direito são sobretudo relevantes,³²⁴ em que pese as críticas dirigidas a esta corrente filosófica.³²⁵

A relação entre a ética e o direito vem sendo estudada há muito tempo, como constatou Raul Cervini que concluiu estar o tema entre as preocupações das ciências humanas desde a Grécia Antiga, constando, ainda, que até a Idade Moderna o Direito e a Moral eram analisados de forma diversas sem que se confundissem.³²⁶

Para Miguel Reale a ligação entre a ética e o direito é indissociável, constatando o célebre professor que: “[...] o Direito, como experiência humana, situa-se no plano da Ética, referindo-se a toda a problemática da conduta humana subordinada a normas de caráter obrigatório”³²⁷, impondo-se observar que o Direito Constitucional tem a primazia na ligação da Ética ao Direito, pois é da Constituição que decorrem os fundamentos do ordenamento jurídico revestidos de inegável conteúdo moral.³²⁸

³²³ BITTAR, Eduardo C. B. Curso de ética jurídica: *ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 304.

³²⁴ Deste conceito de busca de bem-estar da coletividade e com o reconhecimento da necessidade da proporcionalidade está sedimentado o Direito Penal moderno, quando entendido um de seus conceitos mais caros pelo qual: “toda pena pode ferir ou, no mínimo, restringir direitos individuais, e só se justifica a sua previsão para atender a reclamos de bem-estar da comunidade.” (NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 210)

³²⁵ Baseadas fundamentalmente na constatação de que é diminuta a preocupação com o ser humano individualmente considerado em prol do bem-estar geral, que prevalece sobre os direitos individuais e fundamentais. (BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296)

³²⁶ Afirma o autor que: “*Sócrates sabía que moría con la conciencia tranquila con víctima de unos hombres que aplicaban la ley injustamente y, sin embargo, no sustraerse a esa decisión injusta tratándose de su persona. La posición de Sócrates puede ser discutible y para muchos no del todo comprensible; para ella encierra un compromiso y un planteamiento claro del problema del Derecho y la Moral. Por su parte Aristóteles afirma en un pasaje de su obra que la "Política" (Lib. 3, Cap. 4), que para ser "un buen ciudadano" hace falta cumplir todas las leyes del país, para esto no es garantía de ser sencillamente un "hombre bueno" y perfecto. También Santo Tomás de Aquino ("Summa Theologiae"; 1-11 qu. 96 -art. 2) afirma claramente que el legislador de la ley humana no puede castigar todo lo que moralmente está prohibido. Indudablemente el "bien común" de los escolásticos tenía también, aunque no exclusivamente, el sentido del bien moral, para Suarez ("De la Ley"; 11-10), enriqueciendo la concepción, también nos habla del "bonum politicum" y considera a la moralidad como condición indispensable para conseguir esse "bonum politicum" que es el bienestar social de la comunidad. Estos ejemplos demuestran a las claras que ya en la Antigüedad y en la Edad Media no se confundía el Derecho y la Moral.*” (CERVINI, Raul. “Relación entre la ética y el derecho en la actual dinámica legitimadora de la norma penal.” In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Direito Penal*, v.2, Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci (org). São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 739).

³²⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

³²⁸ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas introdutórias à ética jurídica*. São Paulo : Cultural. 2002, p. 51

Vecchio assinala que o Direito e a Moral concernem à ação humana, e, desta forma pertencem à Ética entendida em seu sentido amplo, afirmando o jurista italiano que aqueles seriam os dois ramos desta, concluindo, assim, com a unidade entre Direito e Ética.³²⁹

Apoiado na lição de Ferraz Junior³³⁰, fundada em Hart, podemos traçar diferenças relevantes entre as normas jurídicas e as normas morais. Inicialmente, para os preceitos morais não há separação entre a motivação e a ação motivada, enquanto para as normas jurídicas isto é possível, tal como ocorre com a responsabilidade civil objetiva; outra diferença consiste no reconhecimento de que as sanções morais não estão contidas nos seus preceitos, diversamente das normas jurídicas que prescrevem de forma expressa suas sanções. Nalini acrescenta, ainda, que a vida moral é interior, com fundamento em coação interna, sendo mais abrangente que o direito, sendo, ainda, pré-existente ao direito; já o direito está fundamentado na coação externa, sendo a vida voltada para o exterior da pessoa.³³¹

A relação entre Ética e Direito é objeto, ainda, de um dos principais problemas da filosofia do direito, que é a identificação do fundamento do direito, podendo a resposta a esta questão ser abordada sob a concepção positivista do direito ou sob a concepção ética do direito³³².

Na perspectiva desta última concepção³³³, desenvolveu-se a mais relevante corrente representativa desta concepção, a saber a teoria do Direito Natural, que foi definida por Fassò como um

“[...] sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer.”³³⁴

³²⁹ VECCHIO, Giorgio Del. Unidade Fundamental da ética, sob as formas da Moral e do Direito. In: Edição Comemorativa/ *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 1, n.1 (jan/jun. 1995). Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

³³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 327.

³³¹) NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 198-200.

³³² MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed, ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 292/293.

³³³ Para Montoro, a concepção ética são representadas, além da doutrina do direito natural, pela doutrina racionalista do direito natural abstrato e pela doutrina dos valores. (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed, ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 292/293).

³³⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os caminhos da internacionalização do processo penal. In: *Direito processual penal internacional*. Antonio Scarance Fernandes, Marcos Alexandre Coelho Zilli (coord). Fernanda Regina Vilares (org). São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

O Direito Natural tem seu fundamento apontado ora em Deus,³³⁵ ora na razão,³³⁶ conforme a corrente filosófica, auferindo destes sua validade, tendo como premissa de que da natureza da pessoa humana decorrem direitos inatos a todos os homens.³³⁷

Em oposição ao jusnaturalismo, sobreveio a teoria positivista³³⁸, da qual se pode destacar a teoria pura do direito, no qual o direito é definido como um sistema ordenado de normas coercitivas, dotado de unidade interna, já que emanada de uma fonte única: a norma fundamental, que consistiria na “constituição ideal aceita pela opinião pública da nação”.³³⁹ Em contraste à ideia de uma ordem anterior ao Direito baseada na razão ou em Deus, há a frase ilustrativa de Thomas Hobbes, citada por Bobbio: “Não é a sapiência mas sim a autoridade que cria a lei.”³⁴⁰

Os princípios ideológicos do positivismo jurídico consistem de forma geral em duas ideias-matrizes: a prevalência da lei como fonte do direito exprime a compreensão de que o Direito é um ordenamento racional e que por isso deve nascer de “normas gerais e coerentes postas pelo poder soberano da sociedade”, afastando-se os caprichos do poder

³³⁵ Para São Thomaz de Aquino, Deus é o legislador do comportamento humano, cabendo aos homens sua interpretação e acatamento, pois são estas leis todas justas.(NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.158)

³³⁶ Como anota Bittar, sobre o pensamento de Kant: “O direito ainda pode ser dividido conforme esteja simplesmente prescrito pelo legislador, ou conforme esteja decorrendo da preceptística *a priori* da natureza racional humana, em seu viés ético-universal. Não é à toa que Emmanuel Kant é o divisor de águas do justnaturalismo, pois converte esta doutrina num conjunto mais próximo de um racionalismo. A noção de natureza, em Kant, assume a acepção de razão.”(BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.321-322)

³³⁷ Sobre o Direito Natural assenta Silva Martins: "Entendo que a visão mais correta é aquela que concebe o direito natural como inerente à condição humana. O homem nasce com certos direitos, que não vem a receber por mera repetição de fatos históricos que os valorize, mas tal repetição decorre do reconhecimento de sua inerência. Por esta razão, tais direitos são imutáveis e não circunstanciais. Em verdade, tal polêmica esgota-se no rigor de sua conformação, visto que ambas as correntes entendem que os direitos principais, pertinentes a cada ordenamento jurídico, são de direito natural e não criação do direito positivo, que ao não reconhecê-los perde a legitimidade própria de sua força impositiva e reduz sua capacidade de permanência no tempo. A teoria do alcance da norma injusta reserva-lhe pouca extensão e durabilidade" (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A vida dos direitos humanos- Bioética Médica e Jurídica*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 132).

³³⁸ Para Franco Montoro, a concepção positivista é representada pelo positivismo filosófico, científico ou positivismo jurídico propriamente dito (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed, ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 292/293).

³³⁹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed, ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 302.

³⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Norberto Bobbio compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues.- São Paulo: Ícone, 1995, p.36.

estatal; outra ideia é a de que a prevalência do direito posto visa modificar a sociedade, transformando as estruturas sociais, mas de uma forma dirigida e racional.³⁴¹

Neste contexto, para Kelsen, a Ética seria a designação dada à ciência que estuda a moralidade, considerada como uma ciência do comportamento social não institucionalizado e coercível.³⁴² Um dos grandes óbices à teoria positivista pura, na qual a norma ostenta valor independentemente de sua moral, está circunscrita à verificação, mormente após os horrores da segunda grande guerra mundial, de que tal teoria acabava por dar legitimidade a atos degradantes e desumanos e a extermínio em massa de milhões de pessoas.

Fundada na doutrina de George Jellinek foi desenvolvida no final do século XIX a teoria do mínimo ético, pela qual o Direito representaria tão-somente uma parcela mínima da Moral de uma sociedade, a fim de que a sociedade pudesse subsistir.³⁴³ Graficamente seria representada a teoria por dois círculos, cada um representando a Moral e o Direito, sendo o círculo maior o da Moral e o menor o do Direito. Contudo, esta teoria não conseguia explicar as normas jurídicas que são amorais, tais como as normas regulamentadoras de prazos processuais, razão pela qual se pode concordar com Miguel Reale, fundada na constatação pragmática da realidade, que a relação entre Direito e Moral, em verdade, melhor se harmoniza pela representação de círculos secantes entre si.³⁴⁴

A teoria do mínimo ético vem sendo entendida também em um outro sentido, como a oposição à teoria do máximo ético, pelo qual o Direito e a Moral deveriam se integrar de forma ampla, a fim de que o Direito amplie sua missão para reger de forma mais direta o indivíduo. Neste sentido mínimo, o Direito deveria conter apenas o mínimo de normas de conteúdo moral na medida suficiente para garantir o equilíbrio das forças sociais, dado que o Direito não tem a finalidade de aperfeiçoamento do homem, mas sim garantir a segurança social.³⁴⁵

Atualmente a aproximação entre Direito e Ética é observada na teoria neoconstitucionalista, que ante o caráter principiológico das modernas constituições, traz novamente realce à reintrodução ética no raciocínio jurídico, afirmando Barroso que:

³⁴¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Norberto Bobbio compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. - São Paulo: Ícone, 1995, p. 118-119.

³⁴² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. "Moral, Ética e Direito". Revista da EMESC/ Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. V.1, n. 1, ago. 1995 – Florianópolis: ESMEC, p. 12-13

³⁴³ REALE, Miguel. *Licções Preliminares de Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 42.

³⁴⁴ REALE, Miguel. *Licções Preliminares de Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 43.

³⁴⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 38 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 43.

[...] o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade.³⁴⁶

Sobre o neoconstitucionalismo,³⁴⁷ observa Guedes Fontes que o neoconstitucionalismo insiste em uma perspectiva normativa – do que deve ser o direito –, circunscrevendo-se na interpretação entre o jurídico e o moral e, no limite, na possibilidade de que o juiz venha a decidir com base em critérios éticos. Conclui o autor, fundado na lição de Nader, na ligação do neoconstitucionalismo com o jusnaturalismo, pois se alcança mais facilmente ao ideal neoconstitucionalismo em uma ordem jurídica em que os direitos identificam-se com a moral em um aperfeiçoamento do Direito Positivo.³⁴⁸

Verifica-se, ainda, um retorno ao Direito Natural, mas agora sob outro fundamento de validade, no desenvolvimento dos sistemas de proteção aos direitos humanos,³⁴⁹ pois é reconhecido por meio deste sistema a existência destes direitos independentes da ação dos Estados,³⁵⁰ além de se reconhecer que todo ser humano é titular de direitos inatos, decorrentes da dignidade da pessoa humana, coadunando-se com o ideal jusnaturalista.

³⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

³⁴⁷ Nalini assenta que a Carta Magna representa: “[...]o núcleo ético, histórico, econômico, político e social, condensado pelo constituinte, num preciso momento sensível para a nacionalidade.”(NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 205). Pode ser observado um dos mais recentes reflexos do neoconstitucionalismo no ordenamento processual pátrio a introdução pelo Novo Código de Processo Civil por meio de seu art. 8º a determinação legal de que o magistrado ao aplicar a lei deverá promover a dignidade da pessoa humana, determinando a norma que o juiz observe a proporcionalidade e a razoabilidade em tal aplicação, o que contribui para uma aproximação entre a lei e a moral, não obstante traga consigo a inevitável insegurança jurídica pelo grau de discricionariedade conferido ao magistrado.

³⁴⁸ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo: os riscos do máximo ético*. In: II Jornada de Direito Constitucional. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2014, p. 282

³⁴⁹ Celso Lafer percebe a influência de Kant no plano filosófico que antecedeu a positivação dos direitos humanos no plano internacional: “A internacionalização dos direitos humanos foi antecipada no plano das ideias pela reflexão do filósofo Kant. Como é sabido, o centro da doutrina moral de Kant é o ser humano, que não tem preço, mas dignidade e, por isso, é concebido como um fim em si mesmo não devendo ser tratado como meio, pois não tem equivalente. Esta visão de ser humano, não só no plano interno dos Estados, mas no internacional, ecoa no primeiro dos considerandos da Declaração Universal que se inicia com “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana.”[...] No plano jurídico, Kant discute, em Projeto da Paz Perpetua (1795), o direito público interno (jus civitatis), o direito internacional público (jus gentium) que rege as relações dos Estados entre si a ele agregando um direito cosmopolita, o jus cosmopoliticum. Esse diria respeito aos seres humanos e aos Estados em suas relações de interdependência como cidadãos de um Estado universal da humanidade.”(LAFER, Celso. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948). In: MAGNOLI, Demetrio. *A história da paz*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 300)

³⁵⁰ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos. Fundamentos e instrumentos básicos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, p.3.

Pode-se, por fim, concluir com Bittar que, dado que tanto o Direito imoral, ou seja, aquele que contraria sentidos axiológicos da sociedade, como o Direito moral, aquele que está em consonância com tais sentidos, são válidos e exigíveis, impõe-se a constatação de que o direito instrumentaliza a justiça, embora seja carente de sentido em si mesmo, arrematando-se com a verdade de que “o fundamento ético do Direito advém da responsabilidade social sobre o outro, decorrente da própria condição humana.”³⁵¹

3.2 PUNIÇÃO COMO IMPERATIVO ÉTICO DO ESTADO

Como reação ao cometimento de um crime, o Estado estabelece uma contraprestação aflitiva ao comportamento social inadequado e lesivo do agente, contraprestação que consiste na pena criminal, instituto próprio do Direito Penal.

A pena criminal, em verdade, ostenta especial significado dentre as sanções jurídicas, ante sua importância moral, jurídica e política, sendo certo que, para Mario Cattaneo, a filosofia da pena é uma contínua tensão entre ser e dever ser, um contínuo esforço de conciliação entre a dolorosa necessidade de punir e a preocupação de tutelar na punição o valor da humanidade.³⁵²

A relação entre o Direito Penal, e mais especificamente a imposição de pena criminal, e a Moral é relevante tema de preocupação da doutrina.

Para Posner o Direito Penal não pode ser considerado um espelho da moral, possuindo a finalidade de, não impor a moral, mas sim prevenir danos graves, desde que isso possa ser feito por meios com margens de erros toleráveis e que inexista outros meios viáveis de prevenção.³⁵³

Neste passo, Alfaro, reconhecendo que o Direito Penal não ostenta a função de sancionar questões imorais, ressalta que, embora exista inegável relação entre Direito Penal e Moral, a autonomia entre o Direito Penal e a Moral é sentida em três princípios: sob a justificação da intervenção punitiva do Estado, que não tem como finalidade configurar uma moral existente, mas apenas prevenir e sancionar condutas que ponham em perigo bens jurídicos; o segundo princípio assenta a impossibilidade de que o processo

³⁵¹ BITTAR, Eduardo C. B. Curso de ética jurídica: ética geral e profissional. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

³⁵² CATTANEO, Mario A. *Pena Diritto e Dignità Umana-Saggio sulla filosofia Del Diritto Penale*. Torino: G.Giappichelli Editore, 1990, p. 18.

³⁵³ POSNER, Richard A. “A problemática da teoria moral e jurídica”. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012, p. 196

penal tenha como ponto fundamental determinar a moralidade de um indivíduo, não podendo interferir no íntimo do agente criminoso; e o terceiro, pelo qual a execução da pena não tem como objetivo apenas fazer o indivíduo respeitar a ordem jurídica vigente, mas torna-lo um homem bom.³⁵⁴

Ainda que não coincidentes o Direito Penal e a Moral, não se pode negar que a sanção penal deve ser vista como a força ética contrária à força delitiva e individual, consistindo na vitória do direito contra a violência subjetiva e individual.³⁵⁵; não é mal, porque o mal é apenas a negação do bem, enquanto a pena é a afirmação que se opõe ao mal ocorrido, advindo daí seu valor ético, sendo a sanção penal a consequência necessária do delito, constituindo-se em necessidade moral e jurídica.³⁵⁶

Mesmo para Kant, o defensor da pureza da vontade e da retidão de propósitos,³⁵⁷ a pena concretiza a ideia da retribuição moral, sendo:

“[...] esta uma exigência ética e insuprível da consciência humana. É uma exigência da razão e é própria da ideia de justiça, que postula que ao bem siga o bem e ao mal siga o mal. Punir o culpado é, portanto, uma necessidade básica de um imperativo de justiça.”³⁵⁸

Destarte, adotada a teoria retributivista de Kant, é um imperativo moral a punição dos delitos.³⁵⁹

³⁵⁴ ALFARO, Luiz Miguel Reyna. “Derecho penal, ética y fidelidade al derecho: estudio sobre las relaciones entre derecho y moral en el funcionalismo sistémico de Gunther Jakobs”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 11, n. 45, out/dez.2003, p. 97-104

³⁵⁵ GUELF, E. FILOMUSI. Enciclopedia Giuridica APUD CATTANEO, Mario A. *Pena Diritto e Dignità Umana-Saggio sulla filosofia Del Diritto Penale*. Torino: g.Giappichelli Editore, 1990, p. 69. Acentua Couto Brito que “[...] como um dos valores perseguidos pelo Estado de Direito, temos a conduta correta conforme o Direito e a sua propagação, em detrimento de todo o ato que contrarie a natureza humana e desafie a realização do bem comum. O crime é, definitivamente, algo que não participa deste bem comum, pelo contrário, impede sua realização.” (BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 374 APUD CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *A evolução do promotor de justiça “investigador”*: uma nova perspectiva de atuação do Ministério Público brasileiro no enfrentamento às organizações criminosas. In: *Crime Organizado*. MESSA, Ana Flavia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 317)

³⁵⁶ GUELF, E. FILOMUSI. Enciclopedia Giuridica APUD CATTANEO, Mario A. *Pena Diritto e Dignità Umana-Saggio sulla filosofia Del Diritto Penale*. Torino: g.Giappichelli Editore, 1990, p. 70.

³⁵⁷ NALINI, Jose Renato. *Ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 105.

³⁵⁸ PACHECO, Alcides Marques Porto. Há um retorno do pensamento retribucionista? Sobre a (des) conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Direito Penal*, v.4, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 32

³⁵⁹ Imperativo categórico é aquele mandamento que representa uma ação em si mesma objetivamente necessária, sem referência a nenhum outro fim. Os imperativos fundam-se no dever ser, indicando aquilo que resulte no bem por ação ou omissão (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. 17 ed. Ver. Ampl. E atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.)

Ainda que se possa antever outras finalidades da pena na moderna criminologia em face das teorias existentes sobre a finalidade da pena,³⁶⁰ tal como a função de reconciliação entre o acusado e a vítima,³⁶¹ a ressocialização do acusado,³⁶² é inegável a prevalência da retributividade em sua função de sancionar comportamentos socialmente desajustados sobre outras finalidades³⁶³.

Sob a dicção de Reale Junior o Direito consagra valores históricos, sendo a pena a forma mais enfática de sancionar as ações que infringem tais valores, concluindo que: “[...] a pena tem por fim retribuir com um mal a ação negativa contra um valor positivado pela lei. A pena é, portanto, uma retribuição jurídica confirmadora de um valor reconhecido como positivo e que foi desrespeitado pela ação delituosa.”³⁶⁴

Sob a teoria unificadora dialética de Roxin, a pena cumpre a finalidade de prevenção especial e a geral, sendo esta relacionada aos cidadãos em geral, e aquela ao indivíduo que cometeu o delito, visando dissuadir a todos da prática criminosa, além de buscar a reintegração do indivíduo à ordem social, tudo na medida de culpabilidade do indivíduo.³⁶⁵

No Estado de Direito, há limites para a cominação estatal da pena criminal, que deve ter o conteúdo de sanção e não de mera vingança ou castigo³⁶⁶; deve, ainda, ser proporcional como sanção à gravidade do comportamento injusto culpável ou de seu resultado, estando umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana, porque sua

³⁶⁰ Ferrajoli propõe a organização das teorias da pena reconhecendo a existência de: “[...] quatro tipos de doutrinas relativas ou utilitaristas, caracterizadas, respectivamente, pelas quatro finalidades preventivas supradescritas, ou seja: aa) doutrinas de prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas de prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas de prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr et al. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 245)

³⁶¹ BERISTAIN, Antonio. Derechos humanos y respuestas a la delincuencia – Reflexiones desde uma ética de valores máximos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40, out/dez.2002, p. 193.

³⁶² Para a corrente que entende a pena sob a ótica da prevenção especial.

³⁶³ “Nenhum jurista nega o caráter repressivo e retorsivo da pena, muito embora a moderna criminologia exija que a pena tenha também um caráter profilático e recuperatório.” (STOCO, Rui. Impunidade – razões e formas. In: *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 742, ago 1997, p. 467)

³⁶⁴ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 56

³⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. 17 ed. Ver. Ampl. E atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155-157.

³⁶⁶ “Em nombre de la justicia mas elemental exigimos que ya hoy se respete y se desarrolle el derecho humano básico de las personas autoras, cómplices o encubridoras de un delito: el derecho a ser sancionadas, pero no a ser castigadas, no a ser objeto de venganza (aunque sí de sanción) El derecho a que el Código Penal les imponga castigo alguno, ni maltrato, ni tortura.” (BERISTAIN, Antonio. “Derechos humanos y respuestas a la delincuencia – Reflexiones desde una ética de valores máximos.”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40, out/dez.2002, p. 182

aplicação desproporcional implica em restrição demasiadamente gravosa à liberdade do agente.³⁶⁷

Conforme visto, ainda que deva sofrer restrições na forma e conteúdo das sanções penais, o Estado tem o dever de punir as infrações penais, uma vez que decorre da própria existência do tecido social a necessidade de algumas condições de segurança para a manutenção ordeira da associação dos indivíduos, sendo uma delas o freio à ação de indivíduos que atentem contra seus mais elevados valores, sob pena de se inviabilizar a vida em sociedade, com o retorno da barbárie, violência sem limites e do uso da vingança privada.

Assim, cumpre ao Estado o papel de pacificador social fundado em seu monopólio legítimo do uso da força, não podendo de forma alguma renunciar a esse que é um dos seus desideratos,³⁶⁸ constituindo-se a punição de delitos um imperativo ético do Estado.

3.3 CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Como aponta Rodríguez, o fenômeno das organizações criminosas possui várias denominações, como “delinquência organizada”, “crime organizado” e “criminalidade organizada”, consignando que a primeira denominação é própria do Direito Penal, a segunda é tradução do termo inglês *organized crime*³⁶⁹ e a terceira é a que mais usada nas definições em âmbito criminológico e em tratados internacionais no âmbito europeu, adotando-se neste trabalho a denominação “crime organizado”, dado sua maior adesão na doutrina pátria³⁷⁰ e seu reconhecimento da pela Convenção de Palermo.

³⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Direito Penal*, v.2, Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci (org). São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 468.

³⁶⁸ Como anota Reale Junior, a pena é um conceito político e não uma consequência do delito, razão pela qual: “[...] o Estado não tem a liberdade de exercer ou não a aplicação e execução da lei penal. Tem o Estado, por meio de seus órgãos dotados de autoridade, Ministério Público e Judiciário, o poder e um dever público de agir contra aquele que deixou de se motivar pela ameaça contida na lei penal.” (REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 15)

³⁶⁹ A expressão *organized crime* foi introduzida na criminologia estadunidense em 1919 visando nomear fenômenos criminosos atribuídos à empresas do mercado ilícito criado pela lei seca (Voistead Act).(GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controversas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 33)

³⁷⁰ Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES. Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Crime Organizado- Aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; SILVA, Eduardo

O crime organizado tem raízes históricas em especial nas Máfias italianas, na Yakusa japonesa e nas Tríades chinesas, que possuem início a partir do século XVI, como reação à arbitrariedade de reis e poderosos contra populações residentes em áreas rurais pobres, expandindo-se tais organizações com a corrupção de autoridades das regiões que atuavam³⁷¹.

Atualmente, verifica-se no cenário mundial o desenvolvimento do fenômeno das organizações criminosas, que se constituem verdadeiras empresas criminais,³⁷² muitas vezes com abrangência internacional, que exploram o tráfico de drogas, tráfico ilícitos de armas, tráfico de seres humanos, lavagem de capitais, dentre outros delitos, podendo ser reconhecidas como verdadeiro poder paralelo ao legítimo poder do Estado.³⁷³

Neste ponto, vale realçar que parte da doutrina entende inexistir o fenômeno do crime organizado,³⁷⁴ atribuindo-se apenas o fenômeno a um discurso de medo e importação de inimigos do sistema penal de outros países.³⁷⁵ No entanto, a realidade dos fatos ocorridos, com a devida vênia, afasta as elocubrações desta doutrina, bastando para tanto indicar dois exemplos das atividades do crime organizado no país: uma organização criminosa que atua dentro e fora dos presídios provocou a interrupção das atividades cotidianas na maior cidade do país por expressivo lapso temporal,³⁷⁶ causando pânico a milhões de pessoas; outra organização criminosa desviou cifras pecuniárias na ordem de bilhões de reais de uma empresa estatal pertencente à União, envolvendo centenas de

Araujo da. Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁷¹ SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-4.

³⁷² Podem ser citados, ainda, como exemplos de organizações criminosas os cartéis de drogas colombianos, máfia italiana (Camorra, Ndrangueta), russa e turca (PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. *Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 146).

³⁷³ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 9.

³⁷⁴ Para Busato e Bitencourt a criminalidade existente no país é “[...] produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma ‘organização’ ou ‘sofisticação’ da delinquência massificada. Na verdade, virou moda falar em crime organizado, organização criminosae outras expressões semelhantes, para justificar a incompetência e a omissão dos detentores do poder, nos últimos quinze anos, pelo menos. Chega a ser paradoxal que se insista numa propalada sofisticação da delinquência; num país em que impera a improvisação e tudo é desorganizado, como se pode aceitar que só o crime é organizado?” (BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116)

³⁷⁵ Cf. CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 67 e seguintes. Aduz a autora, em especial, que uma sociedade amedrontada pelo medo e pela violência urbana é campo fértil para uma atuação penal vigorosa, estando sujeita, ainda, a disseminação de instrumentos penais que aniquilem garantias constitucionais.

³⁷⁶ PORTAL DE NOTÍCIAS G1. *Há dez anos, São Paulo parou durante série de ataques contra policiais e civis*. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/ha-dez-anos-sao-paulo-parou-durante-serie-de-ataques-contra-policiais-e-civis.html>. Acesso em 12 out. 2016.

servidores públicos, incluindo altas autoridades federais e parlamentares.³⁷⁷ A violência e a ligação do crime organizado com as instituições públicas, aliás, são representativos da existência e perigo desta criminalidade.³⁷⁸ Além disso, segundo dados da Organização das Nações Unidas, o crime organizado movimentava anualmente cerca de 870 bilhões de dólares, sendo 320 bilhões de dólares auferidos com o tráfico de drogas, 250 bilhões de dólares com a falsificação de documentos, além de 32 bilhões de dólares com o tráfico de pessoas, dentre outros delitos.³⁷⁹ Assim, tais atuações indicam de forma muito clara e evidente que o fenômeno do crime organizado é real e não meramente imaginário ou imposto por nações estrangeiras, afastando, assim, da teoria do mito sobre as organizações criminosas.³⁸⁰

A criminalidade organizada distingue-se de outros tipos de criminalidade, como a criminalidade de grupo, que é aquela em que o crime é praticado de forma coletiva e eventual, profissional, quando é praticada por agentes como meio de vida ou profissão, sem a necessidade de organização ou de massa, aquela em que, embora integrada por pequenos delitos (furtos, pequeno tráfico de drogas, casos de violência juvenil, por exemplo), seria a causadora da sensação de desproteção à sociedade de uma forma geral, sendo a responsável por levar dúvida sobre a eficiência do sistema penal como um todo³⁸¹. A especial capacidade do intérprete penalista em distinguir a microcriminalidade e a

³⁷⁷ PORTAL DE NOTÍCIAS G1. *PF estima que prejuízo da Petrobrás com corrupção pode ser de R\$ 42 bi.* 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/11/pf-estima-que-prejuizo-da-petrobras-com-corrupcao-pode-ser-de-r-42-bi.html>>. Acesso em: 12 out. 2016.

³⁷⁸ Chiavario observa que as organizações criminosas criam sistemas de opressão econômica e social, passando pelos assassinatos programados, além de poderem constituir, por suas relações com as instituições públicas, partidos que se assenhoram do poder com a violência. (CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad: Mauricio Zanoide de Moraes. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.2, n.5, p27, jan/mar. 1994, p. 28).

³⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Office on Drugs and Crimes. *Nova campanha do unodc aponta que o crime organizado transnacional movimentava 870 bilhões de dólares ao ano.* Data: 16 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2012/07/16-unodc-lanca-campanha-global-sobre-crime-organizado-transnacional.html>>. Acesso em: 12 out. 2016.

³⁸⁰ Luiz Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva concordam que esta parte da doutrina, de forma equivocada, nega a existência do crime organizado por meio da denominada teoria do mito na qual se sustenta que "o que se tem é uma imposição imperialista aos países periféricos de um modelo de criminalidade existente nos Estados Unidos da América e na Itália, em que se arquitetava uma legislação mitigadora de direitos e garantias do indivíduo, em evidente descompasso com nossa tradição jurídica. Destarte, a tradição jurídica brasileira, para o discurso do mito, não comportaria delação premiada/colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes e entrega vigiada, eis que violariam as garantias constitucionais." (GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controversas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13.* Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 13).

³⁸¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 119-123.

macrocriminalidade é apontada, inclusive, como um dos maiores desafios contemporâneos do Direito Penal.³⁸²

Por ser de difícil conceituação, o fenômeno do crime organizado vem sendo estudado com enfoque no sujeito do fenômeno, que é a organização criminosa, buscando-se nas características deste sujeito, observadas em dados empíricos, elementos conceituais que permitam defini-lo,³⁸³ não obstante a dificuldade desta tarefa.³⁸⁴

De forma geral, a doutrina estabelece algumas características das organizações criminosas: pluralidade de agentes com estabilidade da associação, estrutura hierarquizada e piramidal, finalidade lucrativa, alto poder de intimidação com emprego de violência para obter a colaboração ou o silêncio de pessoas, uso de sistemas de lavagem de dinheiro para legalizar o dinheiro obtido ilicitamente, regionalização ou internacionalização da organização e o uso de modernas tecnologias.³⁸⁵

Estas características, pautadas por critérios sociológicos e criminológicos, são classificadas, ainda, segundo sua essencialidade ou acessoriedade. De fato, para Baltazar Junior, são características essenciais das organizações criminosas: a pluralidade de agentes, estabilidade da atividade criminosa, a finalidade de lucro e a organização da associação. Por seu turno, são elementos não essenciais: a hierarquia, divisão de trabalho, compartimentalização, conexão com o Estado, violência, exploração de mercados ilícitos, cartel, controle territorial, uso de meios tecnológicos sofisticados, transnacionalidade, obstrução à justiça.³⁸⁶ Em outro sentido, tem-se afirmado que os elementos essenciais das organizações criminosas são a organização, finalidade de lucro e prática de crimes graves, enquanto seriam elementos acidentais a busca pela impunidade, o secretismo, as

³⁸² LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei 9034/95. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 170.

³⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Crime Organizado- Aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 12-14.

³⁸⁴ Como anota Mendroni: “A partir da constatação extraída da análise emírica, há autores, como Morash, que apontam na impossibilidade de formação de uma definição. Jörg Kinzig, após referir a formação de uma definição, não na legislação, mas a nível doutrinário, de organizações criminosas, aponta para a dificuldade de abrangência de todas as suas formas. Outros como Bequai, entendem “praticamente impossível”, pois deveria ao mesmo tempo reunir as diferentes óticas dos ramos das ciências, jurídica e sociais”(MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 11).

³⁸⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Crime Organizado- Aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 13

³⁸⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 123-145

vinculações com o mundo empresarial, político, a busca pelo domínio de mercado e a transnacionalidade.³⁸⁷

A pluralidade de agentes em uma associação estável e com estrutura piramidal organizada é o primeiro elemento essencial caracterizador de uma organização criminosa. A estabilidade da associação entre uma pluralidade de agentes para a prática de delitos diferencia as organizações criminosas de mero concurso de agentes, no qual a prática criminosa ocorre de forma eventual.³⁸⁸

Em relação à estrutura hierarquizada das organizações, há consenso da imprescindibilidade da divisão de tarefas entre os integrantes da organização, que é administrada como uma empresa, uma vez que há uma base de integrantes que apenas cumprem ordens, recebendo-as de gerências regionais, que, por sua vez, se reportam para um chefe principal, o qual os subordinados geralmente não conhecem a identidade.³⁸⁹

A estrutura piramidal de hierarquia contribui para a distinção entre a organização criminosa e outros crimes plurissubjetivos como a figura típica da associação criminosa³⁹⁰ e associação para o tráfico de drogas,³⁹¹ que prescindem da organização hierarquizada, bastando a mera associação estável.

Uma das principais características da criminalidade organizada é sua finalidade lucrativa, que vem a gerar a acumulação do poder econômico dos seus integrantes, que atuam inserindo-se no seio do Estado, auferindo elevados lucros, com alto poder de

³⁸⁷ GRANDIS, Rodrigo de. Criminalidade Empresarial e organizações criminosas: reflexões sobre os pontos de atrito e os pontos comuns. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (org). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p.590.

³⁸⁸ Delineado no art. 29 Código Penal.

³⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

³⁹⁰ Tipificado no art. 288 do Código Penal. Como assenta Jorge Silveira: “O crime de formação de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal, tem história longa e diz respeito à determinada feição de criminalidade corriqueira do início do século passado. Inserindo-se no capítulo “Dos Crimes Contra a Paz Pública”, criminaliza a conduta de associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.”, aludindo, ainda à preocupação sobre a distinção entre este crime e o de organização criminosa: “A preocupação é de caráter mundial, não limitada somente ao Brasil. Baseando-se nos termos definidos em convenções internacionais, e com proximidades ao modelo anglo-saxão da *conspiracy*, intentou-se internacionalmente um conceito para além do tradicional engessamento da quadrilha ou bando, ancorado que é na questão da paz pública. Hoje, discute-se a formatação de novos tipos com proteção de outros bens jurídicos, como a ordem pública, segurança do cidadão ou mesmo segurança pública”(SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Os limites da imputação do crime de formação de quadrilha ou bando. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4798-Os-limites-da-imputacao-do-crime-de-formacao-de-qua-drilha-ou-bando. Acesso em 16 jun. 2016.)

³⁹¹ Tipificado no art. 35 da Lei 11343/06.

corrupção, o que é corroborado pela constatação de que um quarto do dinheiro em circulação no mundo tem relação com o crime organizado.³⁹²

Bassiouni assevera que a finalidade essencial da criminalidade organizada repousa na ideia de benefício econômico-financeiro, enquanto no terrorismo busca-se, dentre outras finalidades a transformação social, econômica ou política, por meio do terror, além de ser um meio utilizado para grupos étnicos, social, linguístico ou religioso obterem o poder político.³⁹³ Assim, neste tocante, o crime organizado difere do terrorismo, que possui finalidade principal voltada à produção de medo com motivação ideológica, seja política, seja religiosa, e não lucrativa, ainda que concomitantemente seus membros pratiquem atos ilícitos para financiar a atividade terrorista.³⁹⁴

Para Grandis, fundado na lição de Zuñiga Rodriguez, um outro requisito da organização criminosa insere-se no desiderato de cometer crimes graves (crimes-fim), devendo haver um programa delinquencial para a constituição jurídica da organização criminosa, sendo prescindível a prática efetiva de tais delitos para a configuração do delito.³⁹⁵

A este respeito, são considerados de forma geral crimes graves para fins de configuração do crime organizado: delitos financeiros, como a lavagem de dinheiro, crimes que tratam da exploração sexual de seres humanos, tráfico de drogas, tráfico de armas e explosivos, corrupção, falsificação de moedas, imigração ilegal, delinquência relativa a crimes de informática e crimes contra o meio ambiente de caráter grave. Neste sentido, a União Europeia, por meio da Ação Comum de 21 de dezembro de 1998, assentou que crimes graves devem ser considerados aqueles que são sancionados com pena mínima de 4 anos de privação de liberdade.³⁹⁶

Outro elemento do crime organizado é o alto poder de corrupção das organizações decorrente diretamente da expressiva acumulação de riquezas, corrupção que coopta

³⁹² SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11-12

³⁹³ BASSIOUNI, M. Cherif. *Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci. L'indice penale*, Padova, v. 24, n. 1, p.5-36, jan./abr. 1990.

³⁹⁴ A distinção entre crime organizado e terrorismo é feita por Scarance Ferandes baseada na finalidade da organização, possuindo o crime organizado a finalidade de lucro, enquanto o do grupo terrorista busca a produção do medo e insegurança, com motivações ideológicas, políticas ou religiosas. (FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Crime Organizado- Aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 13)

³⁹⁵ GRANDIS, Rodrigo de. *Criminalidade Empresarial e organizações criminosas: reflexões sobre os pontos de atrito e os pontos comuns*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (org). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 580.

³⁹⁶ QUIROGA, Jacobo Lopez Barja de. *Tratado de derecho processual penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 218-221.

autoridades de todos os Poderes da República: a) aquelas que ostentam o dever de investigar e punir delitos (juízes, promotores e policiais); b) aquelas que integram a cúpula do Poder Executivo, a fim de se obter informações privilegiadas; c) parlamentares, a fim de sabotar qualquer mudança legislativa que atente contra os interesses de tais organizações.³⁹⁷ Essa corrupção é necessária para se perpetuarem no tempo, dado que dependem da conivência do Estado, anotando a doutrina alemã que essa conexão com o Estado é traço essencial da criminalidade organizada, “por representar o desaparecimento da fronteira entre o crime e a luta contra o crime”.³⁹⁸

O uso de tecnologias modernas, o alto poder de intimidação das organizações e a transnacionalidade da organização criminosa devem ser elementos considerados acidentais e não essenciais, pois há organizações criminosas menores que não são transnacionais, nem se valem de recursos tecnológicos modernos ou de extrema violência, tal como é o caso de pequenas organizações voltadas para a prática de crimes de tráfico de drogas.

Identificadas as características do crime organizado, iniciaram-se os esforços para a elaboração do conceito de tipificação do crime organizado, passando a discussão sobre a noção criminológica de crime organizado, e, ainda, sobre a definição do crime organizado em face de seus elementos essenciais ou em face de crimes expressamente taxados em um rol legal quando praticados por uma pluralidade de pessoas.³⁹⁹

No plano internacional sobreveio a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, adotada em 15 de novembro de 2000 que, dentre outras disposições apresentou definição em seu art. 2º de "Grupo criminoso organizado", como sendo aquele “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 material”, conceituando "Infração grave" como “ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja

³⁹⁷ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11-12

³⁹⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 131.

³⁹⁹ Para Scarance Fernandes: “De modo geral, são três as linhas doutrinárias e legislativas sobre o conceito de crime organizado: 1ª – parte-se da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual assim seria aquele praticado pelos membros de determinada organização; 2ª – parte-se da idéia de crime organizado, definindo-o em face de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais, e normalmente, incluindo-se entre seus componentes o fato de pertencer o agente a uma organização criminosa; 3ª – utilizam-se o rol de tipos previstos no sistema e acrescenta-se outros, considerando-se como crimes organizados.”(FERNANDES, Antonio Scarance. *Crime organizado e a legislação brasileira*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 37).

inferior a quatro anos ou com pena superior” e, por fim, "Grupo estruturado" como “ grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada”.

Embora sem apresentar uma tipificação de crime organizado, a mencionada convenção trouxe elementos descritivos que foram posteriormente utilizados na definição do tipo legal no país.

No direito interno, a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que regulamentava a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, não conceituou o crime organizado, nem a organização criminosa, limitando-se a fixar em seu art. 1º o âmbito de aplicação dos novos procedimentos probatórios sobre “os crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando”, recebendo, assim, forte crítica da doutrina dado seu caráter concomitantemente ampliativo e restritivo⁴⁰⁰. Em 11 de abril de 2001, foi promulgada a Lei n. 10.217, que alterando o mencionado dispositivo legal, acrescentou apenas os termos “ou organizações ou associações criminosas de qualquer natureza.”, trazendo apenas um ideal de distinção entre organização e associação criminosas, sem contudo, definir a conduta típica.

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, fez menção também à organização criminosa para atenuar a pena daqueles que não integrassem tal organização⁴⁰¹, podendo-se citar, ainda, o crime de lavagem de capitais previsto na Lei 9.613, de 3 de março de 1998, no qual se previa como crime antecedente aquele praticado por organização criminosa⁴⁰², sem que se oferecesse a definição legal desta organização.

A ausência de definição legal específica gerou incongruências no sistema legal punitivo, sendo as Cortes de Justiça chamadas a analisar esta lacuna.

⁴⁰⁰ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20. Luis Flávio Gomes sustentava, inclusive, que “[...] não se poderia confundir quadrilha ou bando com Organizações Criminosas, haja vista que estas demandariam uma estrutura quase-empresarial com lastros de hierarquia, continuidade, e busca de ganhos econômicos, podendo haver, ainda, a interconexão com o poder público por meio da corrupção e um grande poder de intimidação, características estas inexistentes no tipo penal estampado no art. 288 do Código Penal. Havia, portanto, incoerência na Lei 9.034/1995, pois sua ementa destinava a aplicação do diploma legal ao âmbito das Organizações Criminosas aos crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando, figura típica esta que dispensa o fator “organização”, vale dizer a Lei 9.034/1995 (em sua redação originária) não era fiel à semântica.”(GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controversas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p.34)

⁴⁰¹ Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

⁴⁰² Art. 1º, VII, da Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Este dispositivo legal posteriormente foi modificado pela Lei 12.683/12, que deu nova redação ao crime de lavagem de capitais.

Neste aspecto, um das consequências da mencionada lacuna concernia à validade da tipificação de uma das modalidades do crime de lavagem de dinheiro, tendo havido em um primeiro momento entendimento jurisprudencial que, visando dar eficácia ao crime de lavagem de dinheiro e aos procedimentos instituídos pela Lei 9.035/95, considerou que o crime de organização criminosa havia sido acolhido pela promulgação no país da Convenção de Palermo, passando a possuir aplicação em território nacional⁴⁰³ em especial em relação à tipificação do crime de lavagem de capitais no tocante a uma das modalidades de crime antecedente.

Após este momento inicial, com apoio na doutrina,⁴⁰⁴ o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer que a ausência de lei formal definidora do crime de organização criminosa não era suprível pela Convenção de Palermo em relação à infração penal da Lei 9.613/98, dando ao princípio da reserva constitucional de lei a interpretação pela qual a única fonte formal e direta das regras de direito penal é a lei interna.⁴⁰⁵

A primeira definição legal de organização criminosa no direito interno foi insculpida no art. 2º da Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, que definiu o processo e julgamento em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organização criminosa:

⁴⁰³ Pode-se citar por exemplo o julgado do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu: “A conceituação de organização criminosa se encontra definida no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - Convenção de Palermo, que entende por grupo criminoso organizado, “aquele 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 material”. III. As sanções do crime tipificado no art. 1º, VII, da Lei 9.613/98, que difere do crime de quadrilha definido no art. 288 do Código Penal, alcançam o agente que oculta ou dissimule a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crimes praticados por organização criminosa, ou seja, que auferem vantagens ilícitas advindas dos crimes efetuados pelo crime organizado. IV. Interpretando-se o 4º do art. 1º da referida Lei, a causa de aumento ali elencada deve ser aplicada ao agente que oculta ou dissimule a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes elencados nos incisos I a VI, do art. 1º, da Lei de lavagem de dinheiro, por intermédio da organização criminosa, isto é, necessita ser membro da organização.”(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 171.912/SP. Julgado em 13 set. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21077453/habeas-corpus-hc-171912-sp-2010-0083490-9-stj/inteiro-teor-21077454>>. Acesso em 3 mar. 2016.)

⁴⁰⁴ BARROS, Marco Antonio. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. 2 ed., ver. atual. e ampl.. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 153-157.

⁴⁰⁵ Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado que se refere à jurisprudência da Corte desde a Ação Penal 470, que tratou do grave caso conhecido como “Mensalão”: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental 121.835. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>>. Acesso em 3 mar. 2016.

Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a 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.

O mencionado diploma legal teve o mérito de suprir uma lacuna do ordenamento pátrio, estando em consonância com a Convenção de Palermo, passando a ser considerada por parte doutrina⁴⁰⁶ como fonte da definição de organização criminosa em relação a todos os dispositivos legais que se referiam à organização criminosa, buscando-se na analogia o fundamento para a aplicação da definição mencionada a outros dispositivos legais, tais como a extensão da definição para a aplicação dos meios probatórios da Lei 9.034/95, para a sujeição de presos ao regime disciplinar diferenciado⁴⁰⁷, para afastar a aplicação de causa de redução de pena nos crimes de tráfico de drogas.⁴⁰⁸

Pode-se afirmar que a organização criminosa passou a ser considerada uma forma de prática de crimes, mas não assumia a forma típica de crime autônomo.

Em 2 de agosto de 2013 finalmente foi promulgada a Lei n. 12.850/13,⁴⁰⁹ que definiu⁴¹⁰ o crime de organização criminosa, dispondo sobre os meios de obtenção de prova, além de tipificar infrações penais correlatas e o procedimento criminal destas.

Adotando o critério criminológico sobre o crime organizado,⁴¹¹ o legislador pátrio definiu⁴¹² a organização criminosa:

⁴⁰⁶ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 39.

⁴⁰⁷ Art. 52, § 2º, da Lei 7.210/84

⁴⁰⁸ Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

⁴⁰⁹ A lei foi criada a partir da Comissão Mista Especial do Congresso Nacional destinada a levantar e diagnosticar as causas e os efeitos da Violência, vindo a dar origem ao Projeto de Lei do Senado Federal n. 150/06, apresentado pela Senadora Serys Slhessarenco, que posteriormente foi convertido no diploma legal em destaque. É interessante notar que a legislação que deu a maior contribuição ao combate ao crime organizado foi introduzida por lei promulgada cerca de dois meses após o início do que foi conhecido como movimento de junho de 2013, no qual milhares de pessoas por várias cidades do Brasil saíram às ruas buscando a melhoria do funcionamento do Estado, tendo, ainda, este movimento espontâneo a luta contra a corrupção como uma de suas bandeiras (Sobre o movimento popular cf. BRASIL. Empresa Brasileira de Comunicações. *Relembre: jornada de protestos de junho completa um ano*. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2014/06/protestos-completam-um-ano-e-violencia-policial-se-repete>>. Acesso em 13 mar. 2016.)

⁴¹⁰ Dada à superveniência da nova legislação, que regulou por completo e de forma posterior a definição de organização criminosa, reputamos que a definição de organização criminosa dada pela Lei 12.694/12, por ser incompatível com a anterior, foi revogada, tendo em vista a norma do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei 12.376/10): “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

⁴¹¹ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*.

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.⁴¹³

Desta definição, derivou o tipo penal do art. 2º do mencionado diploma legal que tipificou como crime as condutas de: “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”, apenadas com reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.⁴¹⁴

Assim, a lei definiu a necessidade de existência de estrutura de organização, com a divisão de tarefas ordenada de forma hierárquica, com número mínimo de agentes (quatro), finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza por meio de condutas tipificadas como crimes graves, ou seja, apenados com pena máxima superior a 4 anos de privação de liberdade ou que sejam transnacionais.

Em relação ao requisito finalístico, a organização criminosa estará tipificada apenas nos casos em que exista a finalidade de prática de crimes em que ao menos uma das infrações penais seja, por si só, superior a quatro anos de pena afliativa, dado ao princípio da legalidade estrita que vige no direito penal pátrio, ficando afastada a possibilidade de cumulação de penas de delitos e contravenções para que se alcance o patamar mínimo de pena máxima de 4 anos, visando a configuração da tipificação em questão.⁴¹⁵

Em nosso sentir, a possibilidade de cumulação de penas para fins processuais, tal como a denegação da suspensão condicional do processo ou da transação penal, não tem aplicação no tocante à tipificação de delito. Embora mereça censura o legislador, entendemos ficar afastada da definição legal de organização criminosa a associação de

São Paulo: Atlas, 2014, p. 24.

⁴¹² Para Greco Filho, o mais correto seria não haver a definição pela lei dos requisitos para que uma associação ou uma organização seja considerada uma organização criminosa, dada à variedade da criminalidade organizada e a sua dinamicidade. (GRECO FILHO, Vicente. Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

⁴¹³ Art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/13.

⁴¹⁴ Há, ainda, outras causas de aumento de pena, como se depreende dos §§ 2º, 3º, e 4º, do mencionado dispositivo legal.

⁴¹⁵ No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 39. Contra: SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26; CABETTE, Eduardo Luiz Santos; Nahur, Marius Tadeu Maciel. *Criminalidade Organizada e globalização desorganizada – curso completo de acordo com a lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2014, p. 115-117.

forma estruturada para a prática única da contravenção penal do “jogo do bixo”, que é uma das primeiras modalidades de crime organizado no Brasil,⁴¹⁶ podendo evidentemente estar configurada a organização quando estiver cumulada com outros delitos que atendam à pena mínima fixada no conceito legal. Observe-se que no tocante às contravenções penais, haverá poucas hipóteses legais de configuração do crime de organização criminosa.⁴¹⁷

Ainda em relação ao critério finalístico, tem-se que a lei prevê que estará configurada a organização criminosa também quando houver a finalidade da prática de delitos transnacionais, independentemente da pena do crime que se busca praticar, tendo em vista que tais delitos devem ser considerados como graves para a comunidade internacional, estando em sintonia com os fins da tipificação buscada pela Convenção de Palermo.

O tipo penal tem como sujeito passivo a sociedade e como objeto jurídico tutelado a paz pública; é doloso, exigindo-se o elemento subjetivo específico de se obter vantagem ilícita de qualquer natureza; ostenta elemento normativo do tipo relacionado à expressão “pessoalmente ou por interposta pessoa”, cuja compreensão depende da valoração do interprete; é crime plurissubjetivo, podendo ser integrado, inclusive por menores; comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa; formal, porque prescinde de qualquer resultado naturalístico para sua consumação, dando-lhe autonomia em relação aos crimes praticados pela organização; permanente, pois sua consumação protraí-se no tempo; plurissubsistente, pois é praticado em muitos atos; é tipo penal misto alternativo, pois qualquer das condutas incriminadas (promover, constituir, financiar, integrar organização criminosa) é suficiente para a tipificação da conduta no crime em questão; crime de perigo abstrato, pois a potencialidade lesiva é presumida por lei.⁴¹⁸

O conceito legal afinou-se com a Convenção de Palermo, embora tenha exigido participação mínima de quatro pessoas e não três, como estabelecido pela Convenção, além de ter ampliado o conceito dado por ela em relação à espécie de vantagem buscada, que para a lei mencionada pode ser de qualquer natureza,⁴¹⁹ enquanto nos termos da Convenção englobaria apenas aquelas de origem econômica ou material.

⁴¹⁶ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9.

⁴¹⁷ Lembremos das contravenções definidas nos arts. 53 e 54 do Decreto-lei 6.259/44, que versam sobre o serviço de loterias do país.

⁴¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 20-23.

⁴¹⁹ Inclusive de vantagem de ordem política, como lembrado por Greco Filho (GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 22)

Não obstante tenha havido a omissão em relação à necessidade da estabilidade da organização, mostra-se evidente a imprescindibilidade desta circunstância, que é exigência da própria natureza permanente da organização criminosa como um de seus requisitos essenciais,⁴²⁰ tal como ocorre com o crime de associação criminosa,⁴²¹ sem a qual haverá mero concurso eventual de agentes para a prática de um crime.

Cezar Bittencourt e Cesar Busato aduzem,⁴²² ainda, que, para fins de tipificação do crime de organização criminosa, deve se atentar para dois requisitos negativos, a saber, que a organização não atue com característica paramilitar, nem atue como milícia, ou seja, sem que exista controle de território, mediante coação, dado que em tais situações, pelo critério da especialidade, estaria configurado o crime de constituição de milícia privada⁴²³ e não o delito em questão.

Desta maneira, é de se concluir que a definição legal, embora possa ser questionada, como o fato de não contar com a definição da vantagem buscada pela organização criminosa,⁴²⁴ deve ser louvada, pois trouxe tipificação legal do delito

⁴²⁰ Porque o delito é condicionado à existência de estabilidade e durabilidade, não admite tentativa (NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.)

⁴²¹ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é tranquila no entendimento de que a estabilidade é um dos requisitos para a configuração do crime previsto no art. 288 do Código Penal. No dizer da Corte: “O Supremo Tribunal Federal, em relação ao crime de formação de quadrilha ou bando, já assentou que “a quadrilha é crime autônomo, que independe dos crimes cometidos pelo bando” (RHC no 59.951, RTJ 102/614). E, em face dos argumentos da defesa, de que é “irrelevante a existência de motivação política subjacente à ação delituosa, eis que, tratando-se do crime de quadrilha, o elemento subjetivo do tipo traduz-se na ‘vontade de associarem-se, mais de três pessoas, em quadrilha ou bando’, vontade esta que há de ser ‘dirigida à prática de crimes indeterminados, sejam ou não da mesma espécie’ (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal Anotado*, p. 742/743, 4a ed., 1994, Saraiva).” (HC no 72.992/SP, rel. Min. Celso de Mello). Também se colhe da construção jurisprudencial desta Corte que, para a caracterização do delito em questão, é imprescindível: (a) **concurso necessário de pelo menos quatro (4) pessoas** (RT 582/348 - RT 565/406); (b) **finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos** (RTJ 102/614 - RT 600/383); e (c) **exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa** (RT 580/328 - RT 588/323 - RT 615/272).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. INQUÉRITO 3.218/RR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado: 21 marc. 2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4598062>>. Acesso em 9 mar. 2016.) (grifo do autor)

⁴²² BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

⁴²³ Tipificado no art. 288-A do Código Penal.

⁴²⁴ Anotam Luis Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva que há autores que aduzem ser inconstitucional a ausência de especificação da vantagem pelo excesso de abertura da definição da espécie de vantagem em violação ao mandado de certeza decorrente do princípio da legalidade em seu aspecto da taxatividade, com o que não concordam os autores (GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 51/53). Entendemos que não há qualquer vício de inconstitucionalidade na mencionada definição, porquanto a abertura interpretativa do elemento normativo “vantagem” não retira do tipo penal aberto os limites de sua aplicação, sendo certo que o reconhecimento da inconstitucionalidade dos tipos abertos fica reservado apenas a situações teratológicas, sob pena de violação indevida às prerrogativas do Poder Legislativo em sua atividade legislativa.

consentânea com os parâmetros internacionais e doutrinários, permitindo o início da punição do crime organizado considerado de forma autônoma aos delitos por ele praticados.⁴²⁵

3.4 TERRORISMO

Embora a Lei 12.850/13 tenha como objetivo maior a repressão ao crime organizado, o mencionado diploma legal acabou por estender os meios de obtenção de prova previstos ao combate ao crime organizado também para a investigação dos atos terroristas⁴²⁶ (art. 1º, parágrafo 2º, II, com redação dada pela Lei 13.260/16), razão pela qual se impõe breves comentários sobre o terrorismo.

Vale a observação inicial que a previsão legal conjunta envolvendo tanto a repressão ao terrorismo quanto o crime organizado é justificada, dada à conexão existente entre estes fenômenos, pois se verifica que o terrorismo relaciona-se frequentemente ao crime organizado no tocante ao financiamento das atividades terroristas, à lavagem de dinheiro e no tocante ao tráfico de drogas e armas, sendo a fusão entre as atividades terroristas e o crime organizado uma das grandes preocupações da comunidade internacional.⁴²⁷

Para Bassiouni há um denominador comum entre o terrorismo e o crime organizado, pois os dois fenômenos decorrem da vulnerabilidade do tecido social, existindo limitada capacidade da sociedade civil a prever e a reprimir tais atividades, bem como a difusão do dano social em tais atividades ilícitas.⁴²⁸

⁴²⁵ De há muito a Itália já distingue a criminalidade comum daquela própria do crime organizado, havendo a previsão de crimes distintos entre as associações criminosas comuns e aquelas do tipo mafioso (MAIEROVITCH, Walter Fanganello. As associações criminosas transnacionais.. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 61)

⁴²⁶ O art. 1º, parágrafo 2º, da Lei n. 12.850/13 estendeu a aplicação da lei ao crime de terrorismo, que somente foi tipificado por meio da Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016. A correta interpretação do dispositivo mencionado gera a conclusão que tanto os meios de prova como as disposições procedimentais são estendidos à investigação do crime de terrorismo (GRECO FILHO, Vicente. Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23), sem que exista qualquer influência na definição de organização criminosa ou na tipificação da conduta.

⁴²⁷ MERINO HERRERA, Joaquín. Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo. *Revista Penal*, Valencia, n. 36, p.145-171, jul. 2015.

⁴²⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci. *L'indice penale*, Padova, v. 24, n. 1, p.5-36, jan./abr. 1990.

Para parte da doutrina, o terrorismo estaria englobado como espécie do crime organizado,⁴²⁹ com o que não concordamos, pois embora exista conexão entre ambos os fenômenos, estes não se confundem, dado ao requisito finalístico que os diferenciam, como já exposto neste trabalho. Esta distinção é acentuada quando se considera, em especial, o terrorismo de ideologia religiosa, na qual terroristas entregam-se a uma causa, independentemente de qualquer conquista material ou simbólica em vida,⁴³⁰ o que não ocorre no fenômeno da criminalidade organizada. No sentido da autonomia entre os fenômenos na órbita jurídica foi a recente instituição legal sobre o crime de terrorismo, pela qual o legislador pátrio indicou, ao menos como política criminal, que considera os fenômenos distintos entre si.

Como assenta Zilli, a evolução histórica do terrorismo relaciona-se aos movimentos de libertação e de reação a povos oprimidos, incluindo-se aí lutas pela independência política⁴³¹ e contra o autoritarismo e totalitarismo, no qual há verdadeira “espiral de violência”, onde a violência do grupo opressor gera a do oprimido como reação, que alimenta a violência do opressor e assim de forma contínua.

O terrorismo é fenômeno antigo, podendo ser citado como atos terroristas os atos cometidos por sicários, zelotes e judeus contra o jugo da dominação do Império Romano,⁴³² sendo caracterizado atualmente pela extrema violência e brutalidade, chegando a gerar em um mesmo dia a inconcebível morte de milhares de vítimas, como ocorreu recentemente no caso dos atos terroristas conhecidos como “Atentados de 11 de setembro”.⁴³³

⁴²⁹ A título de exemplo, Araujo da Silva entendia, antes da introdução legal do crime de terrorismo, que por não ter sido inserido em lei a finalidade lucrativa como requisito para a organização criminosa, as organizações terroristas configurariam espécie das organizações criminosas (SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26.). Aliás, com a redação dada pelos arts. 16 e 19 da Lei 13.260/16 a questão, em nosso sentir, ficou superada, porquanto houve neste diploma legal a definição do crime de terrorismo, com a extensão da aplicação dos meios de obtenção de prova para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos na Lei 12.850/13, indicando o legislador a distinção entre os delitos.

⁴³⁰ É o caso dos conhecidos “homens-bombas”, que praticam o suicídio por meio da explosão de seus corpos, vitimando pessoas inocentes que estejam ao seu redor.

⁴³¹ ZILLI, Marcos. O terrorismo como causa, o horror como consequência e a liberdade como vítima. In: ZILLI, Marcos; FERNANDES, Antonio Scarance (coord). *Terrorismo e Justiça Penal: reflexões sobre eficiência e garantismo*. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 22.

⁴³² DE LA CORTE IBANES, citado por Scarance Fernandes, reconhece nestes movimentos os primeiros atos terroristas (FERNANDES, Antonio Scarance. Terrorismo: eficiência e garantismo. In: ZILLI, Marcos; FERNANDES, Antonio Scarance (coord). *Terrorismo e Justiça Penal: reflexões sobre eficiência e garantismo*. Belo Horizonte: Forum, 2014, p.401.

⁴³³ Cerca de 2.700 pessoas morreram aos atentados realizados pela organização terrorista Al-Qaeda em solo americano, valendo-se de aviões para atingirem dois prédios na cidade de Nova Iorque e o complexo militar do Pentágono em Washington (Revista Veja. *Atentados de 11 de setembro completam 15 anos*. 2016. Disponível em:

O fenômeno terrorista está jungido além da questão política,⁴³⁴ ainda, à rivalidade entre grupos étnicos e sobretudo religiosos, o que eleva a dificuldade de se obter o conceito do fenômeno, bem como a sua repressão estatal.

Dada à elevada carga ideológica e política na análise do fenômeno do terrorismo, há receio da comunidade jurídica de que a criminalização do exercício legítimo de um direito de defesa das minorias contra o arbítrio e a opressão possa ser instrumento para a perpetuação da opressão dos povos.⁴³⁵

Há muitas dificuldades para a conceituação equilibrada da figura do crime de terrorismo. Para se ilustrar estes obstáculos, tome-se a lição dos professores americanos Hodgson e Tadros no sentido de que a definição do crime de terrorismo precisaria abordar uma série de questões complexas, dentre elas: a definição do que seja atos terroristas (quais atos configurariam terrorismo?), ao propósito terrorista (o terrorismo estaria restrito a perseguir alguns objetivos, como políticos ou poderia ser configurado com a ausência de qualquer objetivo?), aos alvos do terrorismo (qualquer pessoa pode ser alvo de um ato terrorista ou apenas não-combatentes?), ao método terrorista (os atos terroristas precisam estar vinculados a perseguir o propósito terrorista? O terror é central no terrorismo ou este pode ser caracterizado sem intimidação ou sem terror?) e aos agentes do terrorismo (qualquer um pode cometer ato de terrorismo ou é necessário que estejam os agentes vinculados a um grupo terrorista? Pode um Estado cometer atos terrorista?).⁴³⁶ Destas questões se entrevê a especial dificuldade em se obter uma definição adequada do crime de terrorismo.

Baseado na lição de Iribarne, Scarance Fernandes traz como características do fenômeno do terrorismo o uso da violência, o atingimento de pessoas inocentes, a finalidade ideológica ou política e a difusão do medo como objetivo.⁴³⁷

<<http://veja.abril.com.br/mundo/atentados-de-11-de-setembro-completam-15-anos/>>. Acesso em 23 mar. 2016.)

⁴³⁴ Podemos aqui lembrar o caso da série de atentados provocados pelo grupo ETA visando a independência do País Basco da Espanha, e, ainda, os atentados provocados pelo grupo IRA, buscando a independência da Irlanda em relação ao Reino Unido.

⁴³⁵ ZILLI, Marcos. O terrorismo como causa, o horror como consequência e a liberdade como vítima. In: ZILLI, Marcos; FERNANDES, Antonio Scarance (coord). *Terrorismo e Justiça Penal: reflexões sobre eficiência e garantismo*. Belo Horizonte: Forum, 2014, p.23.

⁴³⁶ HODGSON, Jacqueline S.; TADROS, Victor. THE IMPOSSIBILITY OF DEFINING TERRORISM. In. *New Criminal Law Review*, Summer 2013, 16 new Crim. L.R., 294. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/hottopic/lnacademic/?>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

⁴³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Terrorismo: eficiência e garantismo. In: *Terrorismo e Justiça Penal: reflexões sobre eficiência e garantismo*. ZILLI, Marcos; FERNANDES, Antonio Scarance (coord). Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 403.

Dadas à gravosas consequências dos atentados terroristas de 11 de setembro acima mencionados, verificou-se uma progressiva estruturação legal para o combate ao terrorismo no cenário mundial, podendo ser citados: o *USA Patriot Act*, de 2001 (Estados Unidos da América), *Terrorism Act 2006* (Inglaterra) e *Legge 438/2001* (Itália).

No plano internacional, dentre outras convenções da ONU relativas à segurança do tráfego aéreo,⁴³⁸ proteção à agentes diplomáticos,⁴³⁹ contra a tomada de reféns,⁴⁴⁰ proteção de materiais nucleares,⁴⁴¹ segurança marítima,⁴⁴² repressão aos atentados à bomba,⁴⁴³ destaca-se a Convenção Internacional para a Repressão do Financiamento do Terrorismo, firmada em Nova Iorque em 1997 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 5640, de 26 de dezembro de 2005. Já no sistema interamericano, desponta a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, firmada em Barbados em 2002, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 5639, de 26 de dezembro de 2005. Nestas últimas convenções, o Brasil se obrigou, dentre outros compromissos, a instituir regime jurídico para prevenir, combater e erradicar o financiamento do terrorismo, bem como a cooperar de forma eficaz com outras nações para alcançar tais fins.

No direito interno, o art. 20 da Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983, relativa a crimes de segurança nacional, definiu como crime praticar atos de terrorismo, mas não apresentou a tipificação específica acerca da conceituação destes atos, razão pela qual Silva Franco entendia inaplicável o dispositivo legal por ferir o princípio da legalidade estrita.⁴⁴⁴

O art. 1º, parágrafo 4º, da Lei 10.744, de 9 de outubro de 2003,⁴⁴⁵ definiu que “entende-se por ato terrorista qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional.”; contudo, dada à péssima qualidade da definição legal

⁴³⁸ Pode-se aludir às seguintes convenções: Convenção referente às Infracções e a certos outros Atos cometidos a bordo de Aeronaves de 1963; Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves, de 1971.

⁴³⁹ Convenção sobre a Prevenção e Repressão de Infracções contra Pessoas gozando de Proteção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos, aprovada em Nova Iorque em 1973.

⁴⁴⁰ Convenção contra a Tomada de Reféns, aprovada em Nova Iorque em 1979.

⁴⁴¹ Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, aprovada em Viena em 1980.

⁴⁴² Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, aprovada em Roma em 1988.

⁴⁴³ Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, aprovada em Nova Iorque em 1999.

⁴⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5ed. Ver, atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 55.

⁴⁴⁵ O diploma legal dispõe sobre a responsabilidade civil em caso de atentados terroristas atos de guerra ou atos correlatos.

que inclui o objeto da definição em seu conteúdo, não ocorreu alteração alguma na insuficiência da definição legal.

Por fim, sobreveio a Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016, que regulamentou o terrorismo e as disposições investigatórias e processuais de responsabilização dos agentes terroristas.

Em seu art. 2º, *caput*, a norma dispôs que:

”O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.”.

Passou-se a criminalizar - com penas de doze a trinta anos de reclusão, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência -, como atos de terrorismo, as condutas de:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; (...) IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa.

De forma geral, a lei observou as indicações de Bassouani quanto ao fenômeno terrorista, impondo a finalidade de trazer medo à sociedade por meio de atos violentos ou perigosos para a tipificação do crime, reconhecendo a necessidade de que tais atos possuam conotação ideológica, ainda que não tenha feito menção de forma expressa aos fins políticos.

Visando afastar a possibilidade de que não seja a norma penal usada para intimidar e coagir grupos civis organizados, previu o art. 2º, § 2º que:

O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e

liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.”

Ainda que se possa concordar que as manifestações de expressão públicas de movimentos sociais devam ser protegidas por mandamento constitucional, tem-se que, de forma exagerada, o mencionado dispositivo legal afastou a tipicidade da conduta de movimentos sociais e sindicais que pratiquem os atos terroristas acima mencionados, o que não se pode aprovar.

Isto porque se, por exemplo, estes movimentos praticam os atos de sabotagem com violência dos sistemas públicos de transporte, como vem sendo reiteradamente feito por alguns movimentos sociais, com finalidade política, enquadram-se no que é reconhecido de forma pacífica pela doutrina como atos de terrorismo. Desta feita, pode-se antever que a aplicação da tutela penal em questão ficará limitada às ações individuais ou de pequenos grupos radicais, mas não protegerá o Estado e a sociedade do terrorismo que assolam outros países, dada à ampla exclusão de antijuridicidade trazida para beneficiar boa parte das organizações sociais existentes no país.

De qualquer forma, pode-se vislumbrar nesta causa de exclusão de antijuridicidade a determinação expressa para a punição de outros crimes praticados por “movimentos sociais”, o que gera ao menos a reafirmação da proteção penal de valores elevados do ordenamento pátrio, tal como o respeito ao patrimônio público e de particulares, além da própria ordem pública.

Conclui-se, pois, que a adoção de instrumentos processuais eficientes para a investigação e repressão ao terrorismo é necessária, ainda que sempre possa ser questionada,⁴⁴⁶ dado que o crime de terrorismo causa tensão social, podendo, no limite, desfacelar o próprio Estado, por meio de insurreições políticas e terror.

⁴⁴⁶ Sobre o terrorismo de natureza política que assolou a Itália nas décadas de 1970 e 1980, na qual ocorreu, inclusive, o sequestro e assassinato do ex-primeiro ministro Aldo Moro, e sua reação legislativa, assenta Adolfo Ceretti: “[...] não se pode dizer que a produção legislativa dos anos 78-82 tenha sido suficiente para combater o terrorismo, mas é possível adivinhar que esta resposta, mesmo se desorganizada e improvisada, deu aos órgãos do Estado um instrumento formidável para acelerar a crise ideológica interna ao movimento subversivo. Continuou-se e continua-se a discutir as violações às garantias individuais que estas normas produziram e se a saída do terrorismo comportou a violação dos grandes princípios da civilização jurídica moderna. Assim, de um lado há quem continue a lembrar como alguns imputados, não colaboradores, normalmente professores universitários, passaram muitos anos presos esperando julgamento sem nenhuma outra prova além de algumas afirmações escritas em seus livros, enquanto dirigintes das BR, réus confessos de haver assassinado várias pessoas, ficaram na prisão somente dois anos após terem se arrependido e colaborado com a polícia. De outro lado, há quem continue a lembrar como, não obstante as suas inegáveis lacunas e imperfeições, a política legislativa não tenha cedido à tentação da militarização nem a outras formas de barbarizar o sistema.”(CERETTI, Adolfo. O terrorismo de esquerda na Itália nos anos setenta – causas e remédios. Trad. Ana Paula Zomer. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs). *Direito Penal*, v.7., -- São Paulo : Editora Revista dos

3.5 ÉTICA E COLABORAÇÃO

Uma das grandes objeções feitas de forma comum pela doutrina em relação à colaboração premiada refere-se à violação da ética ínsita ao instituto,⁴⁴⁷ fundando-se na ideia de que esta implica em um prêmio à traição. O instituto estimularia comportamentos violadores da Moral, o que seria contrário aos fins do Estado, argumentando-se, ainda, com a indagação de que não poderia o Estado ter menos ética de que os cidadãos que pune, pois a traição é considerada uma circunstância agravante ou qualificadora de delitos.⁴⁴⁸ Chega-se a afirmar que o Estado perderia a possibilidade de exigir comportamentos morais de governantes, dado que previu por lei um comportamento indecoroso.⁴⁴⁹ E conclui parte da doutrina que a colaboração premiada é um instituto antiético,⁴⁵⁰ que institucionaliza a “alcagüetagem” produto de uma engenhosa e funcional política criminal punitiva.⁴⁵¹

Esta objeção de ordem ética não nos impressiona.

Inicialmente, como já visto neste trabalho,⁴⁵² a Ética pode ser analisada sob diversos prismas, inclusive em sua vertente absoluta ou relativa. Para considerarmos que a delação de alguém que está cometendo uma infração viola as normais morais, devemos reconhecer que a informação trazida à luz pelo colaborador deveria estar protegida pela ordem moral.

Pensemos na informação do local do cativo de uma vítima de crime de extorsão mediante sequestro que ainda está em poder dos sequestradores. A revelação desta

Tribunais, 2010, p. 522)

⁴⁴⁷ Cumpre salientar que neste trabalho adotaremos a Ética e não a Moral para a avaliação do instituto da colaboração premiada, considerando-se que a colaboração premiada envolve um juízo individual do colaborador sobre a delação de terceiro à luz da moralidade positiva já destacada neste trabalho no item 2.1 supra, razão pela qual se entende estar mais afeto aos fins deste trabalho esta avaliação. Ressalva-se que, dado aos amplos e interligados contornos da Ética e Moral, poderia ter se optado por ser analisado o instituto em face das normas morais genéricas.

⁴⁴⁸ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Do prêmio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, p. 209-235., abr./jun. 2011.

⁴⁴⁹ PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. Colaboração processual e a inquietante indagação: a delação é mesmo premiada?. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v.1, ago/set 2003, Porto Alegre: MAGISTER, 2004, p. 66-67.

⁴⁵⁰ Afirma Zafaroni: “[...] a impunidade de agentes encobertos e dos chamados arrependidos constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do estado de direito: o estado não pode se valer de meios imorais para evitar a impunidade.”(ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume, ano1, vol. 1, 1996, p. 45)

⁴⁵¹ CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 7.

⁴⁵² Item 3.1 *supra*.

informação estaria atentando contra algum valor moral da sociedade, ou ainda, do próprio sequestrador? O pacto de silêncio mantido entre dois sequestradores para o sequestro e tortura da vítima possui algum valor moral? Cremos que não.

Em verdade, considerando-se que a ética está impregnada da ideia de se fazer o bem, não pode haver ética no mal. Ora, se assim o é, a relação entre criminosos buscando a prática de atos ofensivos a bens jurídicos tutelados penalmente que ostentam alto conteúdo axiológico para uma sociedade, não pode ser considerada ética; antes, deve ser considerada tal relação imoral, além da própria lei.⁴⁵³

Por outro lado, como adverte Martinez, quem se entrega ao mundo do crime não pode esperar de seus cúmplices a mesma confiança esperada daqueles que agem sob o manto da licitude. Completa Martinez, que, ainda que assim não fosse, estamos diante de duas lealdades: uma em relação à sociedade e a outra aos companheiros do crime, sendo certo que a sociedade brasileira fez sua escolha pela prevalência da primeira.⁴⁵⁴

Ostentando esta natureza contrária à Moral, o comportamento do criminoso que passa a colaborar com o Estado para que este cumpra um dos seus desideratos, que gera o bem comum -o dever de punir crimes - ostenta, em verdade, relevante conteúdo moral.

Além disso, sendo a segurança pública responsabilidade constitucionalmente atribuída a todos os cidadãos,⁴⁵⁵ o fato do colaborador cumprir com um dever jurídico deve ser considerado, além de uma imposição institucional,⁴⁵⁶ o cumprimento de um dever ético,⁴⁵⁷ mormente porque o criminoso está voltando ao que a sociedade denomina de bom

⁴⁵³ No mesmo sentido aduz-se que: “Ocorre que não existe nenhum dever "moral" do associado criminoso para com o seu bando e/ou organização criminosa; esse, o dever, quando presente, há de encontrar sua justificativa em "códigos de conduta" meramente individuais, particulares, sem quaisquer pretensões de universalidade, dado que voltados (as ações) exatamente para a destruição de bens e valores assegurados em lei à comunidade jurídica. Ética, em sentido mais comum, é ciência da moral, de fundo eminentemente axiológico, fundado, desde a Grécia do período clássico, na ideia do "bem" e do "justo.”(LIMA, Márcio Barra. Colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH FISCHER, Douglas Pelella. Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Editora Juspodium, 2010, p. 288)

⁴⁵⁴ MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 233.

⁴⁵⁵ **Art. 144 da Constituição Federal:** “A segurança pública, dever do Estado, **direito e responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.”(grifo do autor)

⁴⁵⁶ Como reconhecem David Vázquez Morales y Esther Fernández Molina, a colaboração dos cidadãos com o sistema de justiça penal é uma peça chave na engrenagem do Estado de Direito (MORALES, David Vázquez; MOLINA, Esther Fernandez. CONFIANZA EN LOS TRIBUNALES PENALES: Una vía normativa a la cooperación ciudadana con la justicia más allá de la amenaza y la coerción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2013, núm. 15-18. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-18.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2016).

⁴⁵⁷ Mormente se adotarmos a teoria jurídica do mínimo ético, pois se o Direito contém apenas o mínimo

e justo consistente no arcabouço jurídico do Estado de Direito, ou seja, voltando à legalidade.⁴⁵⁸

Vale registrar, inclusive, que a obrigação moral em denunciar delitos que se testemunho é afirmada inclusive pelo cristianismo,⁴⁵⁹ aqui utilizado como forma de análise do senso comum sobre moral, dado que é a maior religião mundial em numero de adeptos,⁴⁶⁰ o que reafirma ser valioso eticamente a colaboração na punição de delitos voltado ao bem comum.

Musco critica a norma premial, ao argumento de que a função de prevenção geral da norma penal tanto é mais eficaz quando mais certa for a certeza da punibilidade da conduta criminosa e em consequência esta prevenção é reduzida com a possibilidade de que o agente saiba *a priori* que poderá receber um desconto da pena se colaborar processualmente após a prática criminosa acaso descoberto⁴⁶¹.

Contudo, aqui podemos discordar do jurista italiano ao menos em relação ao sistema instituído pela lei em estudo, pois, ante a sistemática legal introduzida no país pela Lei 12.850/13, o agente não tem como prever antes do delito que receberá um benefício legal pela colaboração, dado que os prêmios legais são oferecidos de forma facultativa pela autoridade da persecução penal, não havendo a obrigatoriedade de sua concessão, o que afasta este óbice do direito premial em sede desta legislação.

Além disso, o objetivo da norma premial é justamente dar maior eficácia a repressão e prestigiar a punibilidade dos delitos. Não se pode atribuir uma das modalidades

ético, e estando o dever em questão previsto na Carta Magna, é inegável que a colaboração premiada é ética e está em sintonia com a Moral.

⁴⁵⁸ O Min. Carlos Brito, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, confirmou o entendimento acima esposado, aduzindo: “Senhor Presidente, pelo hábito de cultivar a Constituição, sempre que me debruço sobre qualquer tema de Direito – seja Direito Penal, Administrativo, Processual Penal, Civil -, procuro remeter-me à Constituição e fazer o nexo, a ponte com a Constituição. E vejo sempre a persecutio criminis ou o combate à criminalidade num contexto da segurança pública, que é matéria expressamente regradada pela Constituição no artigo 144, em que diz que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, visando á incolumidade das pessoas e do patrimônio. E o combate à criminalidade se dá exatamente nesse contexto. Como a segurança pública não é só dever do Estado, mas é direito e responsabilidade de todos, situo, nesse contexto, como constitucional a lei que trata da delação premiada. O delator, no fundo, à luz da Constituição, é um colaborador da justiça.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90.688-5/PR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 12 fev. 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em 24 maio. 2016.)

⁴⁵⁹ O livro de Levíticos, escrito por volta de 1500 a.C, institui no cap 5: 1 a mencionada obrigação: ”E, quando alguma pessoa pecar, ouvindo uma voz de blasfêmia, de que for testemunha, seja que o viu ou que o soube, **se o não denunciar**, então levará sua iniquidade.”(Bíblia de Estudo Plenitude. Trad. João Ferreira de Almeida. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2001, p. 114)(grifo do autor).

⁴⁶⁰ Revista Superinteressante. As oito maiores religiões do mundo, 2012. Disponível em <<http://super.abril.com.br/blogs/superlistas/as-8-maiores-religoes-do-mundo/>>. Acesso em 15 set. 2016).

⁴⁶¹ MUSCO, Enzo. La premialità nel diritto penale. *L'indice penale*, Padova, v. 20, n. 3, p.600, set./dez. 1986

de prêmio – a extinção da punibilidade pelo perdão judicial - como regra, dado que esta efetiva impunidade será exceção, como se depreende dos termos restritivos dos requisitos necessários para sua concessão. Ao contrário, a regra será a punição do colaborador, ainda que com alguma atenuação, e, por outro lado, por meio da norma premial ocorrerá a punição de terceiros, que, de regra, ficariam impunes, o que vai ao encontro do sentido de prevenção geral do direito penal. Não se pode olvidar, ainda, que os ordenamentos jurídicos de forma geral estipulam causas em que a pena é reduzida ou até mesmo suspensa (v.g. confissão, que é atenuante genérica no país, a suspensão condicional da pena ou a suspensão condicional do processo), razão pela qual não traz qualquer novidade em tais ordenamentos a previsão de mais uma hipótese de abrandamento da pena.

Voltando-se, assim, ao argumento de que para alcançar a disciplina social, a lei deve ser justa, dando a cada um o que lhe é devido, e honesta, sem que contenha nota de torpeza ou contrariedade à Moral,⁴⁶² não se antevê no estímulo legal ao colaborador, com a finalidade de que ele retorne aos valores socialmente protegidos da ordem jurídica, qualquer nota de imoralidade, estando em sintonia com os princípios fundamentais dos direitos humanos consagrados no plano internacional e do direito interno.

Como assenta Teixeira de Azevedo:

[...] o agente que se dispõe a colaborar com as investigações assume uma diferenciada postura ética de marcado respeito aos valores sociais imperantes, pondo-se debaixo da constelação axiológica que ilumina o ordenamento jurídico e o meio social.⁴⁶³

Há objeções de que o colaborador age apenas em razão do prêmio, o que seria contrário à Ética, em especial, àquela pregada por Kant.⁴⁶⁴ Da mesma forma, Montaigne

⁴⁶² Além de ser útil possível, manifesta e breve. (RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 282

⁴⁶³ AZEVEDO, David Teixeira de. “A colaboração premiada num direito ético”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 771, jan 2000, p. 452. Prossegue o mencionado autor: “Sob outro ângulo, o perdão judicial e a diminuição da pena previstas na nova legislação embebem-se de eticidade, não se constituindo num desprestígio ao direito punitivo, nem numa barganha sombria do Estado com o criminoso para a busca de soluções fáceis para a investigação penal e para o processo penal à custa e sacrifício de princípios morais. Como assinala Jorge Alberto Romeiro, "o sentimento reflexo de bondade, pois salvo raras exceções, a indulgência determina também, na generalidade dos indivíduos, por uma espécie de mimetismo psicológico, sentimentos reflexos de altruísmo. Assim, o perdoado de um mal pretérito poderia sentir o dever de compensá-lo com um futuro bom comportamento". Aliás, o fazer bem ao próximo desencadeia sentimentos e posicionamentos positivos e favoráveis com relação a quem fez o bem. As Escrituras Sagradas pontuam: “Portanto, se o teu inimigo tiver fome, dá-lhe de comer; se tiver sede, dá-lhe de beber; porque, fazendo isto, amontoarás brasas de fogo sobre a sua cabeça”. 10 O "amontoar brasas de fogo sobre a cabeça" significa, aqui no texto, justamente despertar sobre quem praticou a má ação o sentimento de arrependimento e de reversão da postura de colisão com os valores negados com a ação ilícita.”(Ibidem, p. 453)

⁴⁶⁴ A objeção pela teoria de Kant é que a ação do colaborador estaria visando uma recompensa e não a busca

no século XVI afirmou que seria um erro julgar a beleza e a grandeza de uma ação pela sua utilidade e imaginar que devemos fazer e considerar honesto tudo o que é útil.”⁴⁶⁵

No entanto, partindo da premissa de que um dos limites éticos do Direito Penal e do dever de punir do Estado é manter intocada a questão da moral íntima do agente, a finalidade do colaborador é indiferente moralmente ao Direito Penal e ao Estado, desde que, conforme será visto neste trabalho,⁴⁶⁶ seja respeitada a voluntariedade de sua conduta e atendidos aos requisitos legais.

Assim sendo, se o Estado obtém de forma lícita e mediante o respeito aos preceitos constitucionais a colaboração de um criminoso para cumprir com seu imperativo moral de punir, não há que se falar que a conduta do Estado colida com a Moral quando este cumpre justamente com um dever ético.

Ao admitir a colaboração de criminosos, o Estado apenas está contribuindo para o bem comum daqueles que dele necessitam, a saber, as vítimas dos crimes praticados pelas organizações criminosas e a sociedade em geral, sem que se possa reconhecer qualquer desmoralização na confiança pública no Estado ou sua respeitabilidade.⁴⁶⁷ Aliás, como adverte Namba: “A ética representa uma conduta adotada após um juízo de valor, que não pode ser dissociada da realidade, para não se tornar etérea.”⁴⁶⁸ ou seja, o juízo de valor adotado em termos éticos deve sempre considerar a realidade na qual está inserido. Considerando-se a premente necessidade de dotar de maior eficiência a atividade investigativa, dado que a realidade da impunidade do crime organizado é notória no país, o juízo de valor sobre a conclusão ética do instituto também deve considerar tal realidade, bem como sua finalidade.

O foco ético do instituto da colaboração premiada não está inserido no móvel íntimo do colaborador; ao contrário, tem como seu enfoque principal a reafirmação axiológica das normas legais.

do bem por si mesmo. Nalini observa que: “Kant dissocia a idéia de prazer e utilidade. A conduta é valiosa no plano moral quando a sua motivação consiste apenas no reconhecimento do bem. Se o agente atuou com vistas a obtenção de alguma recompensa, sua ação não pode ser reputada positiva.”(NALINI, Jose Renato. *Ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112/113)

⁴⁶⁵ LIMA, Márcio Barra. Colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH; FISCHER, Douglas; Pelella. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodium, 2010, p. 276.

⁴⁶⁶ Item. 4.2.3 *infra*.

⁴⁶⁷ Contra: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, p. 209-235., abr./jun. 2011.

⁴⁶⁸ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Direito civil constitucional bioético na clonagem humana*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 31.

Concordamos com Teixeira Azevedo para quem,

“A ética que define a delação premiada está comprometida com a afirmação dos valores essenciais de convivência (proteção de bens jurídicos próprios de um determinado grupo criminoso [...]) De outro lado, a delação antecipa o juízo ético-retributivo-preventivo próprio do direito punitivo.”⁴⁶⁹

Portanto, o instituto da colaboração premiada pode ser reconhecido como um instituto ético.

Sabe-se que as opções políticas da sociedade, veiculadas pela edição de normas pelo legislador, nem sempre são éticas, embora possam ostentar inegável relevância jurídico-social, podendo-se citar o exemplo do direito do acusado ao silêncio, que o autoriza até falsear a verdade em seu interrogatório judicial, sem que seja possível, puni-lo pela falsidade proferida em juízo.⁴⁷⁰

Todavia, no caso específico da colaboração premiada a opção política do legislador em prol do bem comum,⁴⁷¹ visando dar um instrumento processual apto a combater uma das mais deletérias formas de criminalidade, vai ao encontro a tudo que é pregado pela ética, como o bem, a justiça e a verdade.

Por fim, tendo em vista a contínua modificação e avanço da sociedade no decorrer do tempo, com reflexos na ética, não se tem como razoável analisar-se o instituto da colaboração premiada, que é institucionalizada em um regime jurídico democrático e cercado de garantias constitucionais e judiciais, com a antiga visão impregnada do ranço inquisitorial da Idade Média ou de regimes totalitários,⁴⁷² devendo o jurista aperceber-se

⁴⁶⁹ AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 265, p.4-5, dez. 2014.

⁴⁷⁰ A questão será melhor analisada no item 3.2.1. De qualquer forma, como observa Peixoto Marques: “[...] neste debate ético da quebra do silêncio entre criminosos, é paradoxal e extremamente contraditório observar alguns empenhando a bandeira da ética para condenar a colaboração premiada, chamando-a de “traição premial”; e, ao mesmo tempo jogando esta mesma bandeira ética no ralo do ostracismo, quando defendem o suposto “direito de mentir do acusado”. Como condenar a traição e, simultaneamente, justificar a mentira? Mentir e trair, portanto, seriam condutas éticas ou antiéticas de acordo com as conveniências.”(MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014, p. 45).

⁴⁷¹ Rudolf Von Ihering em 1853 já reconhecia tal circunstância: “Um dia, os juristas irão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade” (Maierovitch, Walter Fanganiello. *Delação premiada e intuição de Rudolf Von Ihering*. IBGF. Disponível em: <[http://www.ibgf.org.br/index.php?data\[id_secao\]=2&data\[id_materia\]=2927](http://www.ibgf.org.br/index.php?data[id_secao]=2&data[id_materia]=2927)>. Acesso em: 22 mai. 2016).

⁴⁷² Os detratores do instituto fundam suas críticas na origem inquisitorial do instituto e no seu uso também pelos sistemas totalitários ligados à política criminal da Defesa Social (neste sentido: CARVALHO,

da realidade do seu tempo histórico na operação dos conceitos jurídicos,⁴⁷³ sopesando a realidade fática e a jurídica.

3.6 EFICIÊNCIA E GARANTISMO

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal dispõe que todos os indivíduos ostentam, dentre outros, o direito à liberdade e o direito à segurança, que resguardam a todos que se encontrem sob a proteção do Estado brasileiro, sem distinção de credo, etnia ou nacionalidade.

Estes direitos geram ao Estado a contrapartida obrigacional de cunho constitucional de, a um só tempo, garantir a liberdade dos indivíduos e sancionar aqueles que atentem contra a segurança dos demais.

Desta concomitante obrigação constitucional surge a necessidade de que o Estado garanta a segurança sem violar de forma injusta a liberdade dos indivíduos quando da aplicação da lei penal, o que deve ser obtido por meio de um procedimento previsto em lei, que,

para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os meios essenciais para a defesa de sua liberdade. De forma resumida, um sistema que assegure eficiência com garantismo, valores fundamentais do processo penal moderno.⁴⁷⁴

Este sistema de proteção aos direitos da segurança e da liberdade vem a ser reconhecido como o *due process of law*, que representa a garantia do correto exercício do poder punitivo e do respeito às garantias dos direitos individuais, consignando-se que:

[...] a proteção que ele [o processo] representa seria inócua e ineficaz se a própria estrutura processual não fosse concebida de forma a atingir aqueles mesmos objetivos de correção no exercício do poder estatal e de defesa do indivíduo no confronto com o poder punitivo estatal.⁴⁷⁵

Natália Oliveira de. A delação premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 143), olvidando-se da realidade jurídica e política do país.

⁴⁷³ Note-se que os regimes totalitários transformam todos os instrumentos legais existentes em formas de repressão aos dissidentes do regime, e, assim, a colaboração premiada poderia ser considerada mais um desses instrumentos, tal como todo o sistema de persecução penal de regimes totalitários em que os acusados são meros objetos do processo e não sujeitos processuais.

⁴⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 40.

⁴⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27

Sobre a experiência europeia, Amodio, ainda em 1985, já reconhecia esta tendência. Afirmava que após as duas grandes guerras mundiais, na Itália e na Alemanha, países nos quais prevalecia a doutrina totalitária do fascismo, houve inicialmente uma expansão das garantias dos imputados nos anos sessenta, que foi seguida nos anos setenta por uma fase de prevalência em sentido contrário no qual se passou a centralizar a defesa social, conhecida como legislação de emergência na Itália, sendo exemplo na Alemanha a *Lex Baader-Meinhof*. Prosseguia o autor, afirmando que foram consideradas premissas inovadoras (realce à imparcialidade do juiz antes da fase processual, com afastamento da figura do juiz instrutor atuante na investigação; a aceleração dos ritos processuais, sendo exemplo o juízo diretíssimo italiano; a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pela introdução do acordo de transação penal (*patteggiamento* italiano e a suspensão condicional do processo alemão mediante o cumprimento de obrigações do acusado) e a valorização da fase investigativa); com embasamento nestas, concluía o autor haver uma tendência de recuperar os valores de garantia dos anos 60 sem se descurar da tutela da coletividade dos anos 70, havendo uma síntese destes valores no processo penal europeu.⁴⁷⁶

O princípio do *due process of law* está previsto no ordenamento jurídico pátrio no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que assenta que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, constituindo, assim, o conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, sendo indispensáveis ao exercício da jurisdição.⁴⁷⁷

O devido processo legal pode ser analisado sob o aspecto substantivo (*substantive due process*) ou processual (*procedural due process*).⁴⁷⁸ O primeiro aspecto é identificado como critério de razoabilidade e racionalidade dos atos estatais à luz da justiça das regras

⁴⁷⁶ AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitório al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003, P. 33-74

⁴⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 82.

⁴⁷⁸ Sua origem moderna vem sendo identificada no art. 39 da *Magna Charta Libertatum*, de 1215 outorgada pelo Rei João sem terra aos barões ingleses (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 45) assim redigida: “nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer fofra destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.” (GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 80.)

de direito⁴⁷⁹, que pressupõe a “aplicação, ao caso concreto das normas preexistentes, que não sejam desarrazoadas, portanto, intrinsecamente injustas”.⁴⁸⁰

Já sob o aspecto processual, o devido processo legal atua como legitimador da atuação punitiva do Estado, sendo marca inerente ao Estado Democrático de Direito, consubstanciando o princípio expressiva conquista política, que pode ser sintetizada como a cominação da pena criminal somente pode ser obtida por meio de um processo, que deve ser justo.

Em seu aspecto processual, o devido processo legal, ou *giusto processo* para a doutrina italiana, *fair trial* dos ingleses, *due process of law* dos norte-americanos, ou *procès équitable* dos franceses, exprime inicialmente a exigência de respeito ao princípio da legalidade dos atos processuais, que é somada pelo conceito de justo (devido) à ideia de um equilíbrio simétrico, de uma igualdade que deve o juiz garantir aos sujeitos processuais da acusação e defesa, bem como à ideia de um procedimento processual cognitivo fundado em um conhecimento probatório dialeticamente elaborado que busca evitar decisões judiciais falhas.⁴⁸¹

O conceito do justo processo possui caráter universal sendo reconhecido como princípio universal, dado que previsto em relevantes convenções internacionais de tratados de direitos humanos, de forma analítica ou sintética, podendo ser citadas a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. IX),⁴⁸² Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º sobre as garantias judiciais) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁴⁸³

Do conceito de processo justo decorre a necessidade de respeito aos princípios do juiz natural, do contraditório, da presunção de inocência, da isonomia entre acusação e defesa, da publicidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da proibição das

⁴⁷⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

⁴⁸⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.

⁴⁸¹ FERRUA, Paolo. *Il “giusto processo”*. 3 ed. Bologna: Zanichelli editore, 2012, p.86-87.

⁴⁸² “Artigo IX - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.”

⁴⁸³ Art. 6º, 1: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

provas obtidas por meios ilícitos, da inviolabilidade do domicílio e da integridade física do imputado, do sigilo das comunicações e do direito à prova.

Muitas destes princípios estão expressos na Constituição Federal, enquanto outros devem ser reconhecidos como princípios implícitos, uma vez que a cláusula do *due process of law* é indeterminada e incide no processo penal sempre que necessário afastar abusos no exercício do *ius puniendi* estatal.

Portanto, o devido processo penal é aquele apto juridicamente a resguardar o equilíbrio entre a eficiência da repressão estatal na punição dos delitos e a proteção dos direitos individuais dos imputados.

Em decorrência desta finalidade, o conceito do devido processo penal contém em seu bojo dois princípios antagônicos no tocante à persecução penal, a saber: o princípio da proibição do excesso quanto à coerção à liberdade e da proibição da proteção insuficiente à segurança pública.

De fato, o conceito de “devido” implica na imposição de uma proporcionalidade no uso do poder estatal, seja sob a ótica legislativa ou judicial, da qual decorrem duas consequências: a) a proibição do excesso do uso do poder oriundo do direito alemão;⁴⁸⁴ b) proibição da proteção insuficientes. Veda-se o excesso, bem como a proteção insuficiente, uma vez que o Estado tem o dever de proteção a valores constitucionalmente estabelecidos, sendo certo que a atividade estatal insuficiente corresponde a uma conduta desproporcional em sentido estrito.⁴⁸⁵

O conflito de princípios diferencia-se do conflito de regras em razão de que no primeiro, há a prevalência de um princípio sem que o outro seja retirado do ordenamento jurídico, enquanto no conflito de regras a prevalência de apenas uma delas afasta a outra, porquanto esta funda-se em critério de validade, enquanto aquela em razão de situação de peso no qual o peso de um dos princípios no caso concreto prevalece sobre o peso do outro.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Fundado em decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, BALTAZAR JUNIOR assenta sobre este princípio que: “O destinatário do dever de proteção é o Estado, no conjunto de suas funções ou poderes, sendo o legislador o destinatário principal, incumbindo-lhe a tarefa de fornecer ao Poder Executivo e ao Judiciário o instrumental legislativo para a atuação contra os atentados ou exposições a perigo de direitos fundamentais, reduzindo e concretizando o alto grau de abstração de proteção por meio da lei, de modo que a administração e o judiciário possam saber a que ponto estão concretamente jungidos ao dever de proteção.”(BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição da insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 63)

⁴⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 367.

⁴⁸⁶ IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. *Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 23-24.

Para equalizar a aplicação destes princípios fundamentais colidentes entre si, desponta o princípio da proporcionalidade.

Para Alexy o uso da proporcionalidade é decorrência lógica da natureza dos princípios jurídicos. Explica o autor que,

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização desta norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação dos princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para esta aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.⁴⁸⁷

Embora possam ser apontadas outras naturezas da proporcionalidade, como regra, metarregras ou máximas, entendemos neste trabalho a proporcionalidade como princípio,⁴⁸⁸ fundado no *due process of law*.

O princípio da proporcionalidade é decomposto de forma geral em três subprincípios: a) adequação, que se configura com o reconhecimento de que a intervenção estatal em um direito fundamental deve ser apta para o fim de fomentar um valor constitucionalmente legítimo; b) necessidade, pelo qual se impõe verificar a exigência no caso concreto de limitar um direito para proteger outro igualmente relevante; c) proporcionalidade em sentido estrito, que pode ser entendida como o equilíbrio da relação existente entre meios e fins, ou seja, entre a restrição imposta e a vantagem conseguida.⁴⁸⁹

Portanto, a utilização do princípio da proporcionalidade impõe-se como forma de sopesar os princípios incidentes sobre a mesma situação fático-jurídica de forma a garantir a maior incidência possível de ambos, sem que se exclua nenhum deles, o que é de todo necessário para a correto equilíbrio entre a eficiência da persecução penal e a garantia de respeito aos princípios fundamentais de proteção à liberdade do imputado.

⁴⁸⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 117-118

⁴⁸⁸ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2000.

⁴⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Princípio da proporcionalidade (Coisa julgada e justa indenização)*. São Paulo: Separata, 2004, p. 6.

Cabe aqui distinguir os vocábulos eficiência, eficácia e efetividade, como o faz Scarance Fernandes:

Os três vocábulos se ligam à ideia de produção de um efeito esperado ou de consecução de um resultado querido. Mede-se a eficiência pela aptidão do meio utilizado para atingir o resultado ou gerar o efeito. Avalia-se a eficácia pelo alcance do resultado ou produção do efeito. Constata-se a efetividade pela repercussão positiva do efeito ou do resultado em determinado âmbito social, político, econômico.”

E voltando-se ao processo penal:

A eficiência, bem como a eficácia, pode ser vista, ainda, em face de um determinado meio de investigação destinado à apuração de crimes organizados. Deve-se considerar, para isso, sua finalidade e o seu emprego em conformidade com as garantias constitucionais. Um meio de investigação é eficiente se ele se presta ao fim para o qual foi previsto e não afronta norma de garantia. Será eficaz se, em uma investigação, produzir o resultado esperado e não ocorrer lesão indevida a garantias do investigado ou a direitos de terceiros.⁴⁹⁰

Por sua vez, em relação ao garantismo, Ferrajoli⁴⁹¹ analisa-o sob três prismas:

a) pelo prisma da racionalidade das decisões judiciais, pelo qual “o modelo penal garantista equivale a um sistema de minimização do poder e de maximização do saber judiciário, enquanto condiciona a validade das decisões à verdade, empírica e logicamente controlável, das suas motivações”; b) pelo sentido axiológico e político, pelo qual: “o modelo penal garantista, com sua estrutura empírica e cognitiva assegurada pelos princípios da estrita legalidade e da estrita jurisdicionalidade, foi concebido e justificado pela filosofia jurídica iluminista como a técnica punitiva racionalmente mais idônea [...] a maximizar a liberdade e a minimizar o arbítrio”; c) pelo sentido normativo e jurídico, pelo qual o garantismo é: “um modelo constitucional de legalidade: idôneo a limitar e ao mesmo tempo convalidar ou invalidar a potestade punitiva com razões de direito, isto é, legitimação interna, tanto quanto condiciona juridicamente seu válido exercício somente à prova dos comportamentos proibidos pela lei sobre a base dos critérios ético-políticos de legitimação externa produzidos pelas próprias normas constitucionais.”.

Portanto, um sistema jurídico de persecução penal será adequado, sob o ponto de vista constitucional, apenas quando perseguir de forma equilibrada as obrigações estatais de prevenção e repressão das infrações penais e de resguardo à liberdade dos indivíduos

⁴⁹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Crime Organizado- Aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 10-11.

⁴⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.16-17

imputados, observando tanto o legislador quanto o poder Judiciário o princípio da proporcionalidade. Esta mesma relação de adequação pode ser analisada em relação a cada um dos instrumentos processuais postos à disposição pelo legislador aos agentes de autoridade da persecução penal, como a colaboração premiada, e, ainda, em cada caso concreto.

3.7 A PROPORCIONALIDADE NA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada insere-se na tensão entre o hipergarantismo, que preceitua uma proteção superlativa aos direitos dos imputados em geral, inviabilizando uma persecução penal eficiente, e a necessidade do combate eficaz ao crime organizado decorrente do direito premial, com flexibilização de direitos, impondo-se para resguardar o equilíbrio entre estas duas facetas a análise da incidência do princípio da proporcionalidade sobre o instituto, a fim de que seja analisada sua constitucionalidade.

Passemos aos subprincípios da proporcionalidade: necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade exige que o sacrifício e flexibilização de direitos deva ser primeiramente necessário, com a orientação de que o bem jurídico tutelado seja afetado com a menor intensidade possível, sendo inconstitucional o instrumento pelo qual não seja necessário, isto é, que exista outro instrumento que possa sem sacrificar direitos atingir os mesmos fins que este almeja; já a adequação do instrumento processual impõe que a medida seja idônea à finalidade a ela proposta.

A necessidade da colaboração premiada exsurge para se afastar a impunidade do crime organizado, que não vem sendo combatido de forma suficiente com a adoção dos instrumentos processuais comuns.

A impunidade, do latim *impunitas* (não punido), de um crime pode ser analisada, como o faz Kai Ambos, em três planos: impunidade normativa, decorrente da não punibilidade que resulta diretamente de leis, inserindo-se aqui as anistias outorgadas pela lei; impunidade processual, que pode decorrer da ausência de acusação, da insuficiente investigação, da sobrecarga da justiça penal, de atos criminosos contra os participantes do

processo; por fim, a impunidade estrutural, decorrente da desconfiança das pessoas nas instituições estatais responsáveis pela repressão e julgamento dos delitos.⁴⁹²

Independente de sua origem, o fato é que a não punição dos delitos perturba o meio social, gerando outros delitos em um “moto contínuo” de ação e reação, que podem levar a prática progressiva de delitos violentos, de atos de desrespeito à dignidade da pessoa humana, tortura, crimes ambientais com milhares de vítimas, dentre outros, razão pela qual deve ser a impunidade combatida sem trégua por gerar o “[...] o recrudescimento da criminalidade, à desordem social, e à insegurança”.⁴⁹³

Desta maneira, violado o dever de obediência da lei penal pelo agente, este dever transforma-se no dever de punição do Estado,⁴⁹⁴ que deve buscar, em regra, a punição de todas as infrações penais,⁴⁹⁵ mediante a imposição de pena proporcional à ofensa do bem jurídico tutelado; dever que atinge as infrações penais com consequências pequenas ou graves, justamente a fim de se evitar o verdadeiro estímulo à criminalidade, com violação ao tecido social.

Se esta conclusão é válida para as infrações penais com limitadas consequências, mais imperioso ainda se mostra a punição de delitos que ostentam maior gravidade à sociedade⁴⁹⁶, destacando-se aqui, o crime organizado e o terrorismo. Chiavario assenta que:

[...] é a própria criminalidade organizada a dar corpo – especialmente em algumas das suas mais sofisticadas formas multinacionais (frequentemente chefe de vastíssimos tráfico de armas e drogas) às mais

⁴⁹² AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. RBCrim 49/2004 – jul.ago/2004.

⁴⁹³ STOCO, Rui. Impunidade – razões e formas, *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 742, ago 1997, p. 473.

⁴⁹⁴ Segundo a lição de Fagundez Scapusio, fundada em Binding, citado por Bittar. (BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 55).

⁴⁹⁵ Registre-se que, por escapar aos limites deste trabalho, não serão apreciadas questões relativas aos efeitos da expansão do Direito Penal decorrente de uma exagerada produção legislativa de tipos penais, bem como em relação a reação do ordenamento com a introdução de causas de exclusão de punibilidade codificadas ou não codificadas, como o princípio da insignificância. De qualquer forma, o fato é que não se pode falar em uma expansão exagerada do Direito Penal em relação ao crime organizado, que ostenta inegável necessidade de punição eficiente.

⁴⁹⁶ Sobre a extrema violência usada pelas organizações criminosas, lembra Mendroni: “São inúmeras as formas pelas quais os integrantes de organizações criminosas podem praticar os crimes violentos. Se a intenção é de intimidação geral, fazem-no através de explosões ou incêndios, como no caso da explosão da estrada de Capaci que vitimou o Juiz italiano Giovanni Falcone e sua escolta. A máfia também costuma sequestrar suas vítimas e enforca-las para depois de livrar do corpo ou quando isto não se torna recomendável, agem cercando o carro da vítima e disparando diversas vezes. Em outras oportunidades simulam acidentes, atiram as vítimas de penhascos, etc.” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6ed, ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 54).

formidáveis ameaças aos direitos mais elementares da pessoa humana a começar por aquele à vida e a segurança individual e coletiva”.⁴⁹⁷

Em relação à criminalidade organizada, há uma notória impunidade dos delitos praticados por poderosos, grandes sonegadores fiscais, grandes traficantes, agentes políticos corruptos e operadores de lavagem de dinheiro, existindo, por conseguinte, relevante pressão social para que o Estado encontre soluções para acabar com manifestações globalizadas de delinquência, mediante o equilíbrio entre eficiência e respeito às garantias individuais,⁴⁹⁸ sem que se perca a visão de que o processo penal tem um caráter pragmático que impõe sua eficiência, com incremento de sua rapidez, sem se descurar das garantias individuais, visando, inclusive, ser um instrumento pedagógico de prevenção, assegurando ao mesmo tempo aos acusados uma razoável duração do processo.⁴⁹⁹

E para combater de forma eficaz o crime organizado, a colaboração dos agentes envolvidos nas organizações criminosas é imprescindível.

Em se tratando de crime organizado, há muitas dificuldades para a prova das infrações penais, pois além do fato do delito ser cometido por vários agentes de forma organizada, há um caráter profissional que gera a preocupação antecipada em dificultar ao máximo o acesso das autoridades às provas da infração, havendo, inclusive, a criação de dados falsos para os fins de buscar afastar a responsabilidade penal dos agentes.⁵⁰⁰

Além disso,

[...] a prova em delitos da criminalidade organizada é fragmentária, dispersa, assemelhando-se a um verdadeiro mosaico, montado a partir de várias fontes diversas,, para permitir chegar-se a uma conclusão, seja pela pluralidade de agentes, pela utilização da estrutura empresarial como

⁴⁹⁷ CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad: Mauricio Zanoide de Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.2, n.5, p27, jan/mar. 1994. Estas organizações criminosas correspondem ao fenômeno da criminalidade difusa, que é caracterizada, na indicação de Peter Lupsha trazida por Luiz Flavio Gomes pela “ausência de vítimas individuais, pouca visibilidade dos danos causados, bem como por um novo modus operandi (profissionalidade, divisão de tarefas, participação de “gente insuspeita”, métodos sofisticados etc.”(GOMES, Luiz Flavio. Principais notas criminológicas. In: GOMES, Luiz Flavio, Cervini, Raúl. *Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 74)

⁴⁹⁸ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32

⁴⁹⁹ CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. A evolução do promotor de justiça “investigador”: uma nova perspectiva de atuação do Ministério Público brasileiro no enfrentamento às organizações criminosas. In: *Crime Organizado*. MESSA, Ana Flavia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 316-317.

⁵⁰⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada. *Revista de Estudos Criminais*, n.14, 2004, p. 113-121.

anteparo, pela hierarquia e compartimentalização, seja pela adoção sistemática de rotinas de segredo e destruição das provas.”⁵⁰¹

Existia, em verdade, uma ineficiência do Direito Penal e do Direito Processual Penal no combate ao crime organizado,⁵⁰² que o advento da Lei 12.850/13 procurou suprir, sendo a colaboração premiada idônea para garantir esta eficiência deste tipo de criminalidade.

De fato, uma das grandes dificuldades probatórias decorre do elevado poder de intimidação das organizações criminosas, que gera a prevalência da “lei do silêncio” imposta tanto aos integrantes das organizações quanto a terceiros, cujo descumprimento gera o emprego de meios violentos e cruéis, visando manter a impunidade dos membros da organização e facilitar os negócios espúrios desta.⁵⁰³

A forma de se quebrar esta “lei do silêncio” e se obter a efetiva punibilidade das organizações criminosas sem qualquer dúvida é a coleta de informações advindas de integrantes das organizações criminosas, mediante recompensas dos entes públicos.

Isto porque sem tais informações oriundas de integrante da organização criminosa, é muito difícil, quiçá impossível, para as autoridades responsáveis pela investigação identificarem as operações criminosas em que tais organizações atuam, em especial porque circunstâncias como o nível hierárquico de integrantes da organização, ou a revelação de códigos secretos usados em escrituração de documentos das organizações ou, também, a identificação do dolo de servidores públicos que beneficiam a organização criminosa em atos administrativos discricionários,⁵⁰⁴ ou, por fim, operações financeiras simuladas, em regra, somente são descobertas por meio da colaboração de integrantes da organização.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição da insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 170.

⁵⁰² Vale aqui registrar a observação de Ribeiro Lopes, sobre a constatação da defasagem penal na luta contra o crime organizado: “A constatação desta verdade, obviamente, não implica tomada de posição contra o regime democrático, e muito menos a favor do totalitarismo: cuida-se apenas de analisar os fatos, com o máximo possível de isenção, como convém a qualquer pesquisa de caráter científico.” (LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei 9034/95. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 178).

⁵⁰³ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

⁵⁰⁴ Quando a conduta criminosa do agente público envolve atos discricionários da Administração, a colaboração premiada ocupa relevante importância, dado que pode indicar os reais motivos das escolhas do administrador público, que normalmente não poderiam ser questionadas penalmente, dada à liberdade legal de atuação dada a este nas hipóteses destes atos.

⁵⁰⁵ Ainda que tal colaboração seja involuntária, tal como ocorre com integrantes que são alvos de interceptações telefônicas.

As organizações criminosas valem-se de forma recorrente a crimes de falsidades documentais e ideológicas, visando simular negócios lícitos para ocultar negócios ilícitos, em especial no tocante ao crime de lavagem de dinheiro normalmente inerente à atuação das organizações criminosas. Na forma de atuação das organizações criminosas mais estruturadas, como aquelas inseridas na criminalidade de ordem econômica e aquelas inseridas no seio do próprio Estado, o aspecto formal – aparentemente lícito – das transações prevalece sobre o conteúdo material – ilícito - dos atos. Em sendo assim, os meios de investigações comuns possuem pouca eficácia na descoberta deste conteúdo material ilícito das transações, pois formalmente não há qualquer vício nos documentos que podem ser objeto, por exemplo, de buscas e apreensões e perícias grafotécnicas. Surge em tais circunstâncias, a necessidade premente de que algum integrante da organização criminosa possa delatar e aclarar o conteúdo material ilícito da transação formalmente lícito.⁵⁰⁶

Vale a observação de que algumas das circunstâncias acima mencionadas podem ser obtidas – de forma incompleta e fragmentada - por outros meios de prova disponíveis aos agentes estatais de investigação, além da colaboração involuntária de um integrante da organização criminosa, podendo ser citada a interceptação telefônica ou gravação ambiental. Contudo, somente a narração colaborativa de integrante da organização criminosa consegue revelar com clareza a estrutura completa de uma associação criminosa, delineando sua estratégia de agir na prática criminosa, seus líderes, o âmbito de atuação de cada um na organização criminosa.⁵⁰⁷

Além de se trazer indicação de elementos probatórios mais claros e coesos sobre a organização criminosa quando comparada aos demais meios de obtenção de prova, há outra característica da colaboração que supera em muito os demais meios de obtenção de prova: a colaboração mencionada reduz por demais o tempo e principalmente o custo financeiro⁵⁰⁸ da descoberta destes elementos probatórios, o que vai ao encontro do interesse público na rápida repressão aos graves delitos praticados pela organização.

⁵⁰⁶ Pode-se aqui lembrar de conhecido caso divulgado na mídia em que ex-agente político é suspeito de receber propinas de empreiteiros como retribuição por favores concedidos em seu governo por meio de pagamento de palestras, sendo certo que, embora formalmente em ordem tais pagamentos, materialmente podem consubstanciar crime de corrupção e lavagem de dinheiro. Tais circunstâncias dificilmente poderiam ser comprovadas caso inexistissem delações de integrantes das organizações.

⁵⁰⁷ PULEIO, Francesco. *Associazione mafiosa, chiamata di correo e processo: un vademecum per l'operatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 19.

⁵⁰⁸ “Os custos da luta contra o crime têm um papel, porque a política criminal deve concorrer com outras necessidades públicas e provadas por recursos escassos. A política criminal está, como todas as outras necessidades sociais, sob a lei econômica e obrigada a um bom desempenho dos serviços públicos, caso de pretenda alcançar um máximo em bem-estar (segurança social).”(BALTAZAR JUNIOR, José Paulo.

Não há se falar que a “falência” dos órgãos de repressão e investigação do Estado é a razão principal para o emprego da colaboração, como parte da doutrina o faz;⁵⁰⁹ é se falar, em verdade, na otimização dos escassos recursos públicos destinados ao aparato estatal investigativo com a introdução de novos instrumentos probatórios mais adequados para tratar essa especial forma de delinquência. Não se olvide que, assim agindo, o Estado apenas está cumprindo o mandamento constitucional da contínua busca da eficiência máxima da atuação da Administração Pública, como orienta o art. 37 da Constituição Federal, inserindo-se aí, sua atuação na investigação policial.

No tocante à eficiência do instituto, é de se considerar que a Operação *Mani Pulite*, que é reconhecida um marco na luta contra a corrupção de agentes estatais e contra a máfia, logrou êxito em grande medida justamente pela colaboração de coimputados com as autoridades policiais e judiciais.⁵¹⁰

Crime organizado e proibição da insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 182). Para Richard Daley, “*Il plea bargain non è solo um modo di definizione delle causa penali, ma rappresenta anche il mezzo offerto all'imputato e alla società per evitare i pesanti costi che un dibattimento inutile implica, consentendo un'efficiente amministrazione della giustizia anche in quest'ultimo caso.*”(DALEY, Richard. *Il plea bargain: uno strumento di giustizia senza dibattimento*. In. AMODIO, Ennio, BASSIOUNI, M. Cherif (coord.) *Il processo penal negli Stati Uniti D'America*. Milano: Dott A Giufrè Editore, 1988, p. 174)

⁵⁰⁹ Pode ser citado, a título exemplificativo o entendimento de Luis Flavio Gomes para quem a delação premiada: “[...] é a prova mais contundente da pública e notória ineficiência do Estado atual para investigar e punir os crimes e os criminosos. É a falência estatal, sempre confessada sem nenhum escrúpulo!” (GOMES, Luiz Flavio, Cervini, Raúl. *Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 167). Neste sentido, ainda, a posição de Salo de Carvalho e Camile Eltz: “Ao demandar auxílio do criminoso, em face do flagrante déficit de inteligência na investigação, é reconhecida a falência do poder estatal no controle da criminalidade. Por outro lado, como mensagem subliminar, transmite a ideia da virtude da traição e de sua necessidade e indispensabilidade na ‘guerra santa contemporânea’ contra o crime e os delinquentes.”(CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. *Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática*. Revista Jurídica, São Paulo, IOB, ano 57, n. 385, nov. 2009, p. 123-138)

⁵¹⁰ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Manu Polite. *Revista Centro de Estudos Judiciais*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Sergio Moro traz exemplos da luta ocorrida na Itália contra o crime organizado para demonstrar a eficiência do instituto da colaboração premiada: “Tommaso Buscetta é provavelmente o mais notório criminoso que, preso, resolveu colaborar com a Justiça. Um detalhe muitas vezes esquecido é que ele foi preso no Brasil, onde havia se refugiado após mais uma das famosas guerras mafiosas na Sicília. No Brasil, continuou a desenvolver suas atividades criminosas por meio do tráfico de drogas para a Europa. Por seu poder no Novo e no Velho Mundo, era chamado de “o senhor de dois mundos”. Após sua extradição para a Itália, o célebre magistrado italiano Giovanni Falcone logrou convencê-lo a se tornar um colaborador da Justiça. Suas revelações foram fundamentais para basear, com provas de corroboração, a acusação e a condenação, pela primeira vez, de chefes da Cosa Nostra siciliana. No famoso maxiprocessos, com sentença prolatada em 16/12/1987, 344 mafiosos foram condenados, entre eles membros da cúpula criminosa e o poderoso chefe Salvatore Riina, que, pela violência de seus métodos, ganhou o apelido de “a besta”. Para ilustrar a importância das informações de Tommaso Buscetta, os magistrados italianos admitiram que, até então, nem sequer conheciam o verdadeiro nome da organização criminosa. Chamavam-na de Máfia, enquanto os próprios criminosos a chamavam, entre si, de Cosa Nostra. Sammy “Bull” Gravano era o braço direito de John Gotti, chefe da família Gambino, uma das que dominavam o crime organizado em Nova York até os anos 80. Gotti foi processado criminalmente diversas vezes, mas sempre foi absolvido, obtendo, em decorrência, o apelido na imprensa de “Don Teflon”, no sentido de que nenhuma acusação “grudava”

No país a colaboração premiada vem se mostrando por demais eficiente na operação conhecida como caso Lava-Jato, que gerou a prisão e a condenação de dezenas de altos servidores públicos, empresários renomados, senador da República, ex-deputados federais, dentre outros, sendo certo que o êxito desta operação decorre da contínua (dezenas) utilização da colaboração premiada dos integrantes da organização criminosa.⁵¹¹

Como assenta Araujo Silva: “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 [...]”.⁵¹² Arremata Grinover que: “[...] o estabelecimento de um direito premial, favorecendo os “arrepêndidos”, os “dissociados” e os “colaboradores”, foi extremamente útil para debelar o gravíssimo fenômeno da atividade terrorista e subversiva, que tantas vítimas fez na Itália.”.⁵¹³

Aliás, reconhecendo a imprescindibilidade da colaboração dos corréus por meio das *immunities*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, atenta ao que a realidade dos fatos e da experiência forense impõe, declarou que a existência do prêmio legal da *immunity*

nele. Mas, por meio de uma escuta ambiental instalada em seu local de negócios e da colaboração de seu braço direito, foi enfim condenado à prisão perpétua nas Cortes federais norte-americanas, o que levou ao desmantelamento do grupo criminoso que comandava. Mario Chiesa era um político de médio escalão, responsável pela direção de um instituto público e filantrópico em Milão. Foi preso em flagrante em 17/2/1992, por extorsão de um empresário italiano. Cerca de um mês depois, resolveu confessar e colaborar com o Ministério Público Italiano. Sua prisão e colaboração são o ponto de partida da famosa Operação Mãos Limpas, que revelou, progressivamente, a existência de um esquema de corrupção sistêmica que alimentava, em detrimento dos cofres públicos, a riqueza de agentes públicos e políticos e o financiamento criminoso de partidos políticos na Segunda República italiana. Nenhum dos três indivíduos foi preso ou processado para se obter confissão ou colaboração. Foram presos porque faziam do crime sua profissão. Tommaso Buscetta foi preso pois era um mafioso e traficante. Gravano, um mafioso e homicida. Chiesa, um agente político envolvido num esquema de corrupção sistêmica em que a prática do crime de corrupção ou de extorsão havia se transformado na regra do jogo. Presos na forma da lei, suas colaborações foram essenciais para o desenvolvimento de casos criminais que alteraram histórias de impunidade dos crimes de poderosos nos seus respectivos países. Pode-se imaginar como a história seria diferente se não tivessem colaborado ou se, mesmo querendo colaborar, tivessem sido impedidos por uma regra legal que proibisse que criminosos presos na forma da lei pudessem confessar seus crimes e colaborar com a Justiça.” (MORO, Sergio Fernando. *Delação é fundamental, pois êxito da Justiça depende da traição entre criminosos*. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/sergio-moro-exito-justica-depende-traicao-entre-criminosos>>. Acesso em 31 mai. 2016)

⁵¹¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Lava-Jato. Disponível em: <<http://www.lavajato.mpf.mp.br/>>. Acesso em 5 mai. 2016.

⁵¹² SILVA, Eduardo Araujo. *Crime Organizado: procedimento probatório*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68.

⁵¹³ A autora reconhece, ainda, a existência de críticas válidas sobre os instrumentos usados nesta luta, mas reafirma que o consenso na comunidade jurídica italiana sobre a imprescindibilidade das medidas utilizadas que representavam a resposta a uma verdadeira guerra contra as instituições democráticas e a segurança dos cidadãos. (GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 26).

reflete a importante constatação de que: “[...] *many offenses are of such a character that the only persons capable of giving useful testimony are those implicated in the crime.*”⁵¹⁴

Ennio Amodio justifica a necessidade do instituto ao crime organizado em razão de que sem sua utilização provas não seriam obtidas por outras vias de investigação, além da clara oportunidade de romper a solidez dos grupos criminosos, com a desagregação da solidariedade interna destes.⁵¹⁵

No mesmo sentido, afirma Paolo Tonini, citado por Araujo da Silva, que sobre a colaboração premiada militam muitas razões práticas, tais como a impossibilidade de se inferir outras provas em razão do pacto de silêncio das organizações criminosas, bem como a necessidade de se minar a estrutura associativa para a criação de dissensões internas, e, por fim, a urgência de serenar o alarme social criado pelas organizações criminosas.⁵¹⁶

Luis Salas aponta que:

“[...] enquanto muitas razões podem ser atribuídas à falta de sucesso em processar complexos empreendimentos criminosos, o mais importante é o manto de segredo que encobre estes crimes e a dificuldade em obter uma testemunha ocular, devido ao medo retaliação.”, ressaltando que: “Até mesmo quando são encontradas provas documentais, testemunhos pessoais são frequentemente necessários para confirmar e interpretar os documentos. Uma das formas mais bem-sucedidas em obter tal testemunho é procurar depoimentos dos coautores que abandonaram a ação criminosa.”⁵¹⁷

Como a colaboração premiada atinge o vínculo de confiança entre seus integrantes necessário para a existência e desenvolvimento das organizações criminosas e terroristas, vislumbra-se que pode haver com o desenvolvimento da aplicação da colaboração premiada no país, ao menos em relação à atuação das organizações criminosas com foco principal na criminalidade econômica e corrupção de agentes públicos, a redução deste vínculo de confiança pelo justo receio de que conversas e mensagens com conteúdo ilícito sejam registradas preventivamente pelos próprios integrantes, a fim de que, caso investigados, possam valer-se no futuro dos benefícios legais decorrentes da colaboração.

⁵¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Suprema Corte. Case Kastigar V. United States. Julgado em 22 mai 1972. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/441/case.html> >. Acesso em 12 out. 2016.

⁵¹⁵ AMODIO, Ennio. I "pentiti" nella "common law". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, v. 29, n. 4, p. 991-1.003, ott./dic. 1986.

⁵¹⁶ SILVA, Eduardo Araujo. Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei no 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34

⁵¹⁷ SALAS, Luis P. Justiça penal na América Latina. Segurança pública como tarefa do Estado e da sociedade. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1998, p. 57.

E esta redução na densidade do vínculo de confiança dos integrantes das organizações criminosas favorece a redução do poder destas.

A colaboração premiada incentiva sobremaneira a que os investigados contribuam com a investigação, pois ao se oferecer aos investigados prêmios legais e estando eles separados, e havendo um maior benefício a quem colabore primeiro, os agentes passam pelo clássico “dilema do prisioneiro”,⁵¹⁸ que, em regra, tem como resultado, baseado no desejo de obter o máximo sua própria vantagem em relação a outros integrantes da organização criminosa, uma ampla cooperação do integrante, com maior eficiência da investigação.

Assim, por não existir instrumentos processuais que possam substituir a colaboração premiada no afastamento da lei do silêncio própria das organizações criminosas, é se concluir que o instituto atende ao requisito da necessidade e da adequação.

Sob o ângulo da proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se ponderar a relação entre a limitação dos direitos fundamentais e a importância do fim pretendido.

Sobre as limitações aos direitos fundamentais, não se pode negar que há no instituto da colaboração premiada riscos em relação à prova colhida,⁵¹⁹ podendo ser citados os riscos atinentes à busca do colaborador em apresentar declarações falsas visando obter indevidamente a qualquer custo o prêmio legal, e, ainda, o de que o colaborador seja usado para incriminar integrantes de facções rivais, isentando de responsabilidade os integrantes de sua organização criminosa ou terrorista, ou, ainda, também a possibilidade de que um réu/investigado seja coagido por agentes estatais a prestar colaboração contra sua vontade, violando seu direito a não produzir provas contra si mesmo.

⁵¹⁸ O dilema do prisioneiro baseia-se na teoria dos jogos, no qual cada jogador busca de modo independente aumentar sua vantagem sobre o outro sem se importar com o resultado do outro jogador. Foi proposto pelo matemático Albert W. Tucker: “Suponha que dois indivíduos são presos, mas que as autoridades não tenham provas suficientes para justificar as prisões. A polícia coloca cada indivíduo em cela separada e faz a mesma oferta para cada um deles: se testemunhar contra o outro e o outro permanecer em silêncio, aquele que delatar o comparsa estará livre e o que não o tiver feito passará cinco anos na prisão. Se ambos permanecerem em silêncio, os dois estarão livres em vista da falta de provas. Se ambos delatarem o seu comparsa, serão sentenciados a três anos de prisão. Agentes racionais, movidos por interesses próprios, escolhem delatar o comparsa. Isso porque se o comparsa permanecer em silêncio, ele estará livre e se o comparsa também o delatar, ambos serão condenados a três anos em vez de cinco anos de prisão. Se ambos permanecerem em silêncio, os dois estarão livres, mas a incerteza em relação ao que o outro vai fazer faz com que o agente racional opte por delatar- sendo esta, portanto, a estratégia dominante.” (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 209).

⁵¹⁹ Como anota Araujo Silva sobre a colaboração premiada na Itália: “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*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68).

Contudo, todos os meios de obtenção de prova estão sujeitos a risco de serem fraudados, pois documentos podem ser falsificados, testemunhas podem ser subornadas e objetos ilícitos podem ser “plantados” em diligências de busca e apreensão. Em verdade, o risco da atividade probatória criminal é inerente à debilidade moral e racional do ser humano, exurgindo em qualquer meio de obtenção de prova; nem por isso, pensou-se em não mais se valer da prova documental ou testemunhal em processos criminais, não sendo, pois, a possibilidade do desvirtuamento da colaboração premiada fundamento suficiente para o afastamento do uso deste meio de prova

Por outro lado, há uma indubitável relevância e importância em se buscar afastar a impunidade do crime organizado, dado aos deletérios prejuízos causados à sociedade e às suas incontáveis vítimas decorrente do uso de violência e do desvio de relevantes recursos públicos.

O instituto da colaboração premiada instituído pela Lei 12.850/13, visto como instrumento processual legal genérico atende à proporcionalidade em sentido estrito na medida em que permite a relevante e importante persecução de crimes praticados em contexto de crime organizado⁵²⁰ com o mínimo sacrifício possível aos direitos do colaborador e do delatado, justamente porque previu os antídotos legais para a redução dos possíveis danos ao delatado, em especial, pela exigência legal da regra de corroboração das declarações do colaborador, e, ainda, cautelas mínimas dos órgãos de Estado antes da celebração do acordo, e, sob o aspecto do colaborador, ao instituir requisitos legais para a verificação da sua voluntariedade.⁵²¹

⁵²⁰ Vale a observação de Chiavario de que: “[...] o crime organizado pode rejuvenescer-se seja pela fraqueza seja por uma potência excessiva e não são do Estado. E, reciprocamente, os direitos da pessoa podem sofrer seja por causa dos limites demasiadamente brandos, seja pelos limites demasiadamente estreitos dos poderes estatais.” (CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad: Mauricio Zanoide de Moraes. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.2, n.5, p27, jan/mar. 1994, p. 28)

⁵²¹ Valdez Pereira entende que a proporcionalidade em sentido estrito estaria configurada em razão da gravidade do crime específico praticado pela organização criminosa: “[...] se, por um lado, os princípios da necessidade e adequação condicionam a legitimidade do recurso aos arrependidos como instrumento investigativo restrito apenas ao enfrentamento de crimes graves cometidos no bojo de organizações criminosas estáveis e estruturadas, em relação às quais se agregue a conclusão da existência de emergência investigativa, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece a imposição de um juízo de proporção entre os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais investigados e os crimes cometidos pelo arrependido, no sentido de que os delitos não podem ser de maior gravidade dos que os crimes que se pretendem esclarecer a partir do recurso ao arrependido.” (PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 104). No entanto, entendemos que o juízo de proporção decorre da gravidade do próprio fenômeno da organização criminosa, independentemente do crime específico por ela praticado, que se presume grave, pois integrante de um todo multicitriminoso. Assim, a colaboração premiada é consentânea com a persecução de quaisquer crimes praticados pela organização criminosa, sejam eles crimes patrimoniais, crimes contra a liberdade individual, crimes contra o sistema financeiro, tráfico de drogas ou de pessoas, dentre outros.

A lei criou salvaguardas especiais para a colaboração premiada – objeto de análise posterior neste trabalho-, que visam, senão afastar, ao menos reduzir a possibilidade de que este meio de obtenção de prova seja desvirtuado com a produção de resultados não desejados pelo sistema penal.

Busca-se, assim, afastar a possibilidade da condenação de um inocente baseada em colaboração premiada desvirtuada, trazendo equilíbrio entre a necessidade da eficiência da persecução penal e as garantias constitucionais, deixando de afastar qualquer um destes valores constitucionais, embora exista alguma restrição aos direitos individuais, que, no entanto, não são de todo afastados.

Portanto, e em sendo uma das formas mais eficientes para a apuração de crimes praticados por organização criminosa e também em relação ao terrorismo, a instituição e o aperfeiçoamento da colaboração premiada é consentânea com os subprincípios do princípio da proporcionalidade,⁵²² bem como sua face de proibição de insuficiência, que impõe ao Estado e à lei o dever de proteção em relação aos direitos fundamentais, devendo instituir e valer-se dos instrumentos processuais necessários para a finalidade de proteger de forma suficiente e justa a sociedade em face da criminalidade organizada, respeitadas as garantias individuais próprias do Estado Democrático de Direito.

É de se reconhecer, pois, que a colaboração premiada, na forma instituída pela Lei 12.850/13, em especial pelas salvaguardas legais instituídas, visa contribuir para a persecução penal eficaz, com observância dos direitos e garantias individuais, adequando-se ao equilíbrio entre a eficiência e o garantismo, superando a tensão natural entre o hipergarantismo e o combate eficiente do crime organizado.⁵²³

Tendo em vista que a colaboração premiada visa afastar “a lei do silêncio” dos integrantes da organização criminosa, e, ainda, permitir a correta compreensão da estrutura hierárquica e dos crimes praticados pelos integrantes da organização criminosa decorrentes da fragmentariedade da prova destas condutas, sua adoção, no tocante à sua natureza de meio de obtenção de prova, não se justifica para a criminalidade comum, na qual não há as características específicas que a colaboração premiada visa atingir.⁵²⁴

⁵²² Contra, aduzindo que a quebra de confiança gerada pela colaboração premiada atentaria contra os princípios constitucionais, afastando-se da proporcionalidade ínsita na Carta Constitucional: CARVALHO, Natália Oliveira de. A delação premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 140.

⁵²³ MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014.

⁵²⁴ Somos favoráveis, contudo, à ampliação da justiça consensual à criminalidade comum, dado aos benefícios trazidos tanto à persecução penal quanto ao exercício de defesa dos imputados, bem como

Uma outra razão para a imprescindibilidade da adoção da colaboração premiada é a constatação de que, sem a adoção de meios eficientes para a investigação e repressão do crime organizado e do terrorismo, pode ser reforçado o conhecido fenômeno do “Direito Penal do Inimigo”.⁵²⁵ Isto porque, sendo exigência da sociedade a especial punição dos delitos de maior gravidade e repercussão social, tem-se que na reiterada impunidade destes delitos, eleva-se sobremaneira o risco de que em termos institucionais legislativos ocorra a criação de normas legais desarrazoadas e excessivamente rigorosas para aplacar o clamor social decorrente da impunidade.

Assim, a colaboração premiada não constitui uma expressão do “Direito Penal do Inimigo”; antes é um instrumento para o afastamento deste fenômeno por meio da fixação de instrumentos eficientes e ágeis que visam a redução da impunidade⁵²⁶, atuando, em verdade, como reguladora do equilíbrio necessário entre a eficiência do aparato processual penal e as garantias constitucionais em relação à criminalidade organizada e o terrorismo.

É de se reconhecer, todavia, que a colaboração premiada não é a panaceia a resolver todos os problemas da persecução penal do crime organizado, pois, além de gerar risco para inocentes, sempre exigirá, conforme será visto neste trabalho uma meticulosa e eficaz atividade investigativa preliminar à própria colaboração premiada, podendo a ineficaz atividade investigativa gerar o fracasso do instrumento processual em questão. E, assim, sua adoção não exime, antes impõe, que o Estado melhor aparelhe os órgãos de

entendemos que para delitos plurisubjetivos afins ao crime organizado como o crime de associação criminosa ou constituição de milícias a colaboração premiada poderia ser de grande valia na persecução penal destes, adequando-se aos princípios constitucionais.

⁵²⁵ Como sintetiza Luis Flavio Gomes, sobre o Direito Penal do Inimigo: “[...]de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.”(GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 01 abr. 2016)

⁵²⁶ Neste sentido, Greco Filho reconhece que: “Para fugir da polêmica a respeito do chamado “Direito Penal do Inimigo”, são adotadas medidas especiais em face da nova criminalidade, especialmente o terrorismo e os delitos contra a humanidade, constituindo, então um chamado “Direito Penal de criminalidade diferenciada” que não se opõe ao Estado Democrático de Direito, porque se encontra dentro do sistema democrático e exatamete visa preservar seus valores. Aliás, falharia o Estado em sua missão de preservar a convivência social e a dignidade da pessoa humana se não adotasse medidas adequadas a coibir as ações que atentem contra ela [...]”(GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 10-11)

persecução penal, em especial a polícia judiciária e o Ministério Público para que possam bem utilizar o novo instrumento processual.

Por todo o exposto, é de se concluir que o Estado deve ser dotado de, além dos meios materiais,⁵²⁷ instrumentos legais de investigação eficientes que contribuam para a correta punição de tais delitos,⁵²⁸ buscando-se afastar ou ao menos minorar as nefastas consequências do crime organizado e do terror trazido pelos atos de terroristas.

⁵²⁷ Sob a inspiração da experiência italiana, Grinover reconhece que ali houve a criação de 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.”, concluindo sobre a necessidade da estruturação material dos órgãos públicos atuantes na luta contra o crime organizado, que não pode se limitar à reforma das leis processuais (GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 28.

⁵²⁸ Pode-se anotar, ainda, outro benefício da colaboração premiada. De fato, Bottini e Feldens concordam sobre o relevante papel da delação premiada na tentativa de substituir a política de aumento de pena: “Trazidas as informações, por meio de pessoa identificada, o Estado tem o dever de averiguar sua credibilidade, seus fundamentos, para evitar que rixas e inimizades pessoais ou comerciais se transformem em persecuções sem fundamento, como danos irreparáveis à imagem dos envolvidos. Mas isso não desmerece o instituto, cujo êxito é percebido a cada crime desbaratado pelo arrependimento – real ou estratégico – de um dos integrantes da empreitada criminosa. Enfim, a substituição de uma política simbólica, baseada no aumento de penas, por uma política eficaz, fundada na gestão da informação, dentro dos parâmetros legais e constitucionais que cercam a atividade estatal, parece a resposta mais adequada à criminalidade organizada.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz; FELDENS, Luciano. A forma inteligente de controlar o crime organizado. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-05/direito-defesa-forma-inteligente-controlar-crime-organizado>>. Acesso em 12 mai. 2016.)

4 REGIME JURÍDICO E DEVIDO PROCESSO PENAL

O regime jurídico da colaboração premiada será entendido neste trabalho como o conjunto de normas jurídicas que disciplinam os direitos e deveres aplicáveis ao colaborador da justiça e as repercussões jurídicas de sua utilização em relação ao delatado.

Inicialmente, o regime da colaboração premiada, tal como todo o direito processual penal, está marcado pela necessária sujeição às normas constitucionais, em especial, aos direitos e garantias individuais dos imputados na persecução penal que consubstanciam o devido processo penal.⁵²⁹

Sob as limitações do devido processo penal, a norma-base do regime jurídico do colaborador consiste nas disposições da Lei 12.850/13, que veio suprir a lacuna nos procedimentos afetos à colaboração premiada.

Dadas as características legais, o regime jurídico da colaboração premiada estabelecido pela Lei 12.850/13 possui a característica da transversalidade, ou seja, gerar efeitos concomitantes em diversos ramos do Direito, a saber: a) Direito Penal, ao instituir causas de extinção de punibilidade e de redução de pena, além de criar nova infração penal específica ao colaborador; b) Direito Processual Penal ao instituir normas sobre o procedimento de produção da colaboração premiada e seus efeitos probatórios; c) Execução Penal, ao instituir novas formas de cumprimento da pena criminal; d) Direito Administrativo, ao prever o direito do colaborador e seus familiares à tutela de proteção do Estado, gerando obrigações materiais para Administração Pública neste tocante.

O sistema criado pela Lei 12.850/13 visou unificar o regime jurídico para aqueles que colaboram com a justiça, embora não o tenha conseguido totalmente, porquanto no tocante aos prêmios legais e às hipóteses de colaboração eficaz subsistem outras disposições legais específicas que se mantem válidas.⁵³⁰ De qualquer forma, há apenas um regime jurídico relativo à colaboração premiada, ainda que leis esparsas prevejam circunstâncias específicas, dada à unidade procedimental agora imposta pela Lei 12.850/13, unificando e descrevendo as regras processuais, direitos e deveres de todos aqueles que, na qualidade de imputados, colaboram com a Justiça.⁵³¹

⁵²⁹ Vide item 3.6 *supra*.

⁵³⁰ Vide item 2.8 *supra*.

⁵³¹ Situação esta que é diversa na Itália. De fato, ao analisar as leis de colaboração premiada da Itália, Grinover entrevê três regimes jurídicos diversos entre os colaboradores da justiça: “a) regime jurídico do “arrependido”, ou seja, do concorrente que, antes da sentença condenatória, dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa: se retira da organização, se entrega sem opor resistência ou abandona as armas, fornecendo em qualquer caso, todas as informações sobre a estrutura e organização

Além das disposições constitucionais e da Lei 12.850/13, o regime jurídico da colaboração é integrado também pelas disposições do acordo de colaboração premiada que regula direitos e deveres tanto do colaborador quanto do Estado.

O regime jurídico da colaboração expande no ordenamento jurídico pátrio o sistema de justiça consensual em relação a crimes diversos dos de pequeno potencial ofensivo; derroga, ainda, normas de direito processual penal consagradas na tradição jurídica brasileira como a obrigatoriedade da ação penal; flexibiliza garantias processuais e cria novas regras sobre provas, como as provas corroborativas que são próprias ao sistema de colaboração premiada. Por outro lado, as normas em questão são aplicáveis apenas à persecução criminal das organizações criminosas e terroristas, não gerando efeitos em relação a persecução de crimes comuns, ressalvadas as demais formas de colaboração premiada. Assim, entendemos que a lei aperfeiçoou, posto já existente,⁵³² um subsistema legal relação à persecução penal das organizações criminosas.⁵³³

Outra característica é que o regime jurídico da colaboração premiada pode ser analisado sob dois aspectos subjetivos distintos, dada à natureza dúplice do instituto que ora se posiciona como exercício de direito de defesa do colaborador, ora se posiciona como meio de obtenção de prova contra o delatado.

Em face à complexa estrutura do instituto, impõe-se a análise dos direitos e garantias constitucionais que se relacionam ao regime jurídico da colaboração premiada no

da *societas celeris*; impede a execução dos crimes para as quais a organização se formou; comete o crime de favorecimento com relação a membro da organização, mas fornece completa informação sobre o favorecimento com relação a membro da organização, mas fornece completa informação sobre o favorecimento: extinção da punibilidade. Ainda, para o “arrepentido” que se apresentar às autoridades policiais ou judiciárias, antes da emissão de ordem ou mandado de prisão, a mencionada legislação prevê que esta seja substituída por outras obrigações ou impedimentos; b) regime jurídico do “dissociado”, ou seja do concorrente que, antes da sentença condenatória, se empenha com eficácia para elidir ou diminuir as consequências danosas ou perigosas do crime ou para impedir a prática de crimes conexos e confessa todos os crimes cometidos: diminuição especial de pena de um terço (não podendo superar os quinze anos) e substituição da pena de prisão perpétua pela de reclusão de quinze a vinte e um anos.; c) regime jurídico do “colaborador”, ou seja, do concorrente que, antes da sentença condenatória, além dos comportamentos acima previstos, ajuda as autoridades policiais e judiciárias na colheita de provas decisivas para a individualização e captura de um ou mais autores dos crimes ou fornece elementos de prova relevantes para a exata reconstituição dos fatos e a descoberta dos autores: redução da pena até a metade (ou até um terço se a colaboração é de excepcional relevância) – não podendo superar os dez anos – ou substituição da pena de prisão perpétua pela de reclusão de dez a doze anos.” GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.

⁵³² Lei 9.034/95.

⁵³³ Bittar, fundado na doutrina italiana, entrevê quatro momentos na estratégia de combate ao crime organizado italiano:” a) investigativo: criação de órgãos de investigativos especializados e coordenação entre os membros do Ministério Público encarregados das investigações; b) processual: a utilização do processo investigativo; c) sancionatório: aumento de sanções para delitos cometidos por organizações criminosas.”(BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada no Brasil e na Itália. Uma análise comparativa. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 225-270, jan./fev. 2011)

tocante ao colaborador e ao delatado, tudo a fim de contrastá-lo ao conceito de devido processo penal e das necessárias salvaguardas jurídicas para sua compatibilização constitucional, deixando-se ao final a análise dos prêmios legais previstos no novo regime jurídico instituído pela lei em estudo.

4.1 REGRAMENTO DO COLABORADOR

Na Itália, o ingresso no concatenado sistema de colaboradores da justiça ocorre por meio do *verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione* previsto no art. 16-quarter do Decreto-lei 8/91, que possui entre seus objetivos ser um instrumento que de forma sinérgica atue no plano processual e administrativo para garantir a máxima genuinidade e credibilidade das declarações do colaborador da justiça.⁵³⁴

De forma análoga à experiência italiana, como será melhor desenvolvido adiante neste trabalho, é requisito indispensável no sistema de colaboração premiada da Lei 12.850/13 a celebração do acordo de colaboração.

O acordo de colaboração possui importância central no regime jurídico da colaboração, porquanto descreverá direitos e deveres do colaborador, bem como do Estado para com ele, sendo o fato gerador para o sistema da colaboração premiada, integrando juntamente com a Lei 12.850/13 e os cânones constitucionais o regime jurídico da colaboração premiada em relação ao Estado e ao colaborador.

Em assim sendo, o imputado que busca colaborar com a persecução penal contra a criminalidade organizada para ingressar no regime jurídico da colaboração deve firmar o acordo de colaboração premiada.

Para tanto, deverá inicialmente convencer o órgão do Ministério Público de que poderá cooperar de forma eficaz com a persecução penal, trazendo contribuição inovadora no quadro probatório da persecução.

O pretendente poderá estar assumindo o papel de mero suspeito (sem formal indiciamento pela autoridade policial), investigado (com formal indiciamento), réu (acusado formalmente) ou sentenciado (quando já ostentar condenação criminal).

Celebrado o acordo, o imputado modifica sua situação jurídica para passar a ser titular dos direitos e deveres inerentes à posição de colaborador da justiça, que, conforme

⁵³⁴ DE PASCALIS, Paola. Il problema della disciplina del verbale illustrativo in rapporto alla figura dei testimoni di giustizia - art. 16-quater d.l. 15 gennaio 1991, n.8. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 47, n. 4, p. 1266-1278, out./dez. 2004, p. 1268.

conceito do Conselho da Europa é qualquer pessoa que enfrenta acusações penais ou tenha sido condenado por ter participado de associação criminosa ou outra organização criminosa de qualquer tipo, ou em ofensas de crime organizado, e que concorda em cooperar com as autoridades da justiça criminal, especialmente dando testemunho sobre uma organização criminosa ou sobre qualquer ofensa conectada com o crime organizado.⁵³⁵

No sistema da *common law*, seja a *crown witness* do sistema inglês, seja a *state witness* do sistema estadunidense, a posição processual dos colaboradores da justiça decorre da celebração de inicial acordo, formal ou mesmo informal, entre eles e o prosecutor, que lhes assegura o afastamento do processo em troca de testemunharem com renúncia ao *privelege against self incrimination*, acordo que é seguido, ainda, de um *guilty plea* ou acordo ou em função de uma concessão de *immunity*.⁵³⁶

O acordo de colaboração premiada será tratado em capítulo posterior, impondo-se consignar aqui apenas que dele decorrerão vários efeitos jurídicos, e em especial, alguns direitos e deveres do colaborador, que passamos a analisar.

Em relação aos direitos, estes estão previstos no art. 5º da lei em estudo, sendo eles: a) usufruir as medidas de proteção previstas em legislação específica; b) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas; c) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; d) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; e) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; f) cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

As medidas de proteção mencionadas pela lei estão previstas no art. 7º, da Lei 9.807/99,⁵³⁷ que englobam diversas modalidades, dentre elas, a escolta e segurança nos

⁵³⁵ CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Recomendação n. 9, de 20 abr. 2005. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b0cf7>. Acesso em 21 out. 2016

⁵³⁶ AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitório al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 257.

⁵³⁷ Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII - apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX - apoio do órgão executor do programa para o

deslocamentos do protegido, ajuda financeira mensal, transferência de residência, havendo, ainda, a possibilidade de modificação do nome do protegido,⁵³⁸ visando proteger o colaborador antes, durante e após o julgamento dos delatados.

O ingresso no programa de proteção para testemunhas e vítimas exige, em regra, a decisão favorável de um conselho deliberativo, sendo necessário que sejam observados os requisitos do programa de proteção especial instituído pelo mencionado diploma legal. Embora a lei exija de forma geral a análise inicial do conselho, temos, pela análise sistemática do ordenamento jurídico,⁵³⁹ e diante do art. 5º, I, da Lei 12.850/13, que o colaborador da justiça ostenta o direito público subjetivo a tais medidas, caso previstas no acordo firmado com o Estado e desde que exista a homologação judicial ao acordo de colaboração premiada, sendo prescindível a autorização do conselho deliberativo do programa de proteção para o ingresso do colaborador neste programa.

De qualquer forma, as normas do programa devem ser obedecidas pelo colaborador, sob pena de exclusão das medidas de proteção por sua própria culpa, o que isenta o Estado de qualquer responsabilidade pela sua segurança pessoal ou de sua família.

A concessão das medidas de proteção é providência observada também no sistema italiano e americano, e decorre da necessidade de prevenir qualquer reação violenta do crime organizado pela violação por ele do dever de silêncio em relação à organização criminosa da qual fazia parte. O Conselho da Europa reconhece, ainda, que a proteção aos colaboradores da justiça visa garantir a credibilidade dos seus depoimentos e também a segurança pública.⁵⁴⁰

Outro direito diz respeito à preservação do nome e qualificação, razão pela qual não deverá constar da parte pública do processo ou da investigação tais informações, que devem ficar separadas das demais informações do processo.⁵⁴¹ Aqui a lei faz incidir

cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.”

⁵³⁸ Art. 9º da Lei 9.807/99

⁵³⁹ O art. 15 da Lei 9807/99 dispõe que os colaboradores da justiça podem receber diretamente do juiz do processo a concessão das medidas de proteção.

⁵⁴⁰ CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Recomendação n. 9, de 20 abr. 2005. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b0cf7>. Acesso em 21 out. 2016

⁵⁴¹ Pode ser seguido neste tocante o quanto dispõe o Provimento n. 32/00 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo que determina que vítimas ou testemunhas possam requerer que sejam colcoados em pasta à parte do processo quaisquer informações sobre seus nomes e qualificações, aos quais terão acesso apenas os defensores constituídos dos imputados, mediante controle de vista pelo Escrivão, juiz, Ministério Público e delegado de polícia. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento 32, de 24 out.2000.Disponívelem<<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoCriminal/PortalDeTrabalho/Provimento32CGJ.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016)

apenas a restrição à publicidade geral, ou seja, a publicidade de qualquer pessoa do povo, e não à publicidade referente aos defensores dos eventuais imputados.

A restrição sobre a publicidade do nome e demais dados do colaborador da justiça visa também garantir a proteção do colaborador, configurando também uma medida de proteção. No entanto, em que pese colocar em risco à integridade do colaborador, não se pode negar o acesso à defesa do eventual delatado a tais informações, sob pena de violar o exercício da ampla defesa, pois ninguém pode ser condenado por prova sobre a qual não tem o direito de primeiro conhecer (testemunha sem rosto) para depois apresentar sua contraprova. Assim, pelo necessário equilíbrio de direitos, impõe-se permitir o acesso a tais informações, ainda que com restrições, como será melhor exposto ao se tratar do regime de sigilo no acordo de colaboração premiada, e ao mesmo tempo implementar medidas efetivas de proteção ao colaborador como, por exemplo, garantir-se ao colaborador uma escolta armada.

O direito de ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes e de participar das audiências sem contato visual com os outros acusados visam precipuamente garantir ao colaborador tranquilidade e paz quando for ao órgão judiciário para prestar suas declarações, podendo também para garantir estas finalidades ser determinada a retirada de pessoas que possam trazer ao réu medo e intimidação, com exceção dos defensores do delatado.

No tocante ao direito de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua autorização, temos que a lei criou o direito ao colaborador de exigir do Estado a implementação de medidas que dificulte sua identificação pela mídia em geral, ficando vedada a possibilidade de que seja exposto ao público pelas autoridades ou agentes públicos que o conduzam às repartições públicas. Em princípio, o comando legal aparenta permitir, ainda, que eventualmente o órgão de imprensa seja responsabilizado civilmente pela publicação de suas imagens não autorizadas por escrito, ainda que isto tenha que ser sopesado com o direito à informação prestada pelos meios de comunicação.

Exige a lei, ainda, que o Estado providencie que o colaborador, quando sentenciado e preso, cumpra pena em estabelecimento prisional diverso dos demais coimputados ou condenado. A medida é necessária⁵⁴² para resguardar a integridade física do colaborador, mas é de difícil aplicação, porquanto é sabido que o crime organizado

⁵⁴² E já prevista no art. 15, § 3º, da Lei 9.807/99.

possui ramificações também dentro do sistema prisional. De qualquer forma, deverá o Estado-Administração assegurar uma proteção especial ao colaborador quando estiver ele preso, colocando-o ao menos em uma cela separada dos demais presos. Aliás o próprio art. 19 da Lei 9807/99 prevê a possibilidade de que colaboradores da justiça sejam colocados em estabelecimentos prisionais custeados pela União separados dos demais presos.

Vale registrar que o sigilo do procedimento nas fases de negociação e confirmação do acordo de colaboração premiada também constitui direito do colaborador, que deve ser respeitado pelo Estado, sob pena, inclusive, de gerar o dever de ressarcir eventuais danos causados ao colaborador.

Pode ser apontado como direito do colaborador à regra especial de corroboração prevista no art. 4º, § 10º, da Lei 12.850/13, pela qual “as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” na hipótese de retratação da proposta, o que será melhor analisado em capítulo próprio deste trabalho.

Passemos aos deveres do colaborador.

Os deveres do colaborador são previstos de forma expressa na lei, ainda que sem qualquer organização sistemática, ou no acordo, podendo mesmo ser implícitos por decorrerem da própria natureza do instituto da colaboração premiada.

O primeiro e mais relevante dever do colaborador é justamente colaborar com a persecução penal, o que é determinado no art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/13 que assegura os prêmios legais a quem “tenha colaborado de forma efetiva⁵⁴³ e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal”.

O mencionado dispositivo legal exige que a colaboração seja prestada na investigação e no processo criminal, como se depreende da conjunção aditiva “e” usada na norma. No entanto, como a própria lei prevê a possibilidade de que o imputado venha a colaborar até mesmo após a prolação de sentença (art. 4º, parágrafo 5º), temos que a intenção aqui do legislador é criar a obrigação para o colaborador de cooperar sempre que for solicitado, iniciando-se a obrigação a partir do momento em que o imputado passe a ser considerado colaborador, o que ocorre com a homologação do acordo de colaboração.⁵⁴⁴

⁵⁴³ Com fundamento no conceito entre eficácia e efetividade já desenvolvido neste trabalho, a expressão legal eficiente para designar a colaboração premiada no art. 4º, *caput*, da lei estaria mais consentânea com a doutrina caso usasse o vocábulo eficaz ao invés de efetiva. De qualquer forma, por ser o termo legal será usado de forma indistinta no trabalho para designar a colaboração que atingiu seus efeitos.

⁵⁴⁴ Vide capítulo sexto.

Assim, por este dever legal, o imputado deve prestar depoimento seja perante a autoridade policial, seja perante o Ministério Público, seja perante a autoridade judiciária, sempre que solicitado. Além disso, deve sempre se submeter a qualquer procedimento que possa contribuir com a reconstrução dos fatos objetos da investigação ou da ação penal, devendo para tanto participar de reconstituições, submeter-se a reconhecimento pessoal de outras testemunhas ou vítimas, fornecer material genético quando solicitado, dentre outras medidas, ressalvados evidentemente quaisquer atos violadores da dignidade da pessoa humana.

A colaboração pressupõe a confiança do Estado depositada no imputado, sob a premissa de que este, ainda que movido apenas pela busca dos prêmios legais, vai cooperar o máximo possível para obtê-los. Esta confiança, por sua vez, gera um dever de lealdade do colaborador para com o Estado.

Fundado neste dever de lealdade, podemos concluir que a colaboração do imputado deve ser total, isto é, devem ser por ele prestadas todas as informações que possua sobre o caso objeto da investigação ou da ação penal objeto do acordo; deve ser imediata, isto é, as informações devem ser prestadas todas da mesma vez e não de forma fragmentada no decorrer do tempo de forma a lhe dar maior poder de “barganha” com o Estado; deve ser contínua, a colaboração deve perdurar desde a homologação do acordo até o termo final do acordo ou sua revogação; deve ser harmônica, isto é, não se admite que o colaborador possa modificar informações ou depoimentos prestados.

A falsidade deliberada de alguma das informações prestadas é suficiente para que o colaborador seja considerado inadimplente com suas obrigações legais. Não se confunde esta situação com a daquela em que o colaborador presta informações as quais não se consegue posteriormente elementos que as corroborem.

Não se ignora que muitas vezes os colaboradores ou pretendentes a colaborador realizem diligências investigativas por si mesmos de forma a corroborar o quanto por eles expendido e fazerem jus aos prêmios legais. Embora não se possa negar ao colaborador esta possibilidade de investigação informal, desde que respeitadas as limitações legais, por ser decorrência do princípio constitucional da ampla defesa, o fato é que não se insere dentre seus deveres realizar a investigação dos fatos por ele delatados para a produção de elementos que os corroborem, pois o ônus de produzir provas contra o delatado recai sobre o Estado e não sobre o colaborador.

De qualquer forma, é natural no decorrer na colaboração premiada uma soma de forças entre o Estado, na sua função de demonstrar a prática do delito por parte do

delatado, e o colaborador, dado seu interesse próprio no sucesso da investigação, até porque possui uma obrigação de resultado, indicando o máximo possível de evidências de que tem conhecimento para que possa obter os prêmios legais, ocorrendo o fenômeno da sinergia de forças visando a contribuição probatória, o que é muito benéfico para o êxito da persecução penal.

Outra obrigação do colaborador é cessar qualquer prática criminosa por ele desenvolvida, dissociando-se, ainda, de qualquer contato com outros integrantes da organização criminosa, que configuram, junto com a efetiva indicação de fatos delatados, as hipóteses de exteriorização da colaboração com a persecução penal legitimando a menor sanção penal imposta ao colaborador. Assim, caso pratique algum crime terá automaticamente descumprido com um dos seus deveres como colaborador da justiça, perdendo, além do prêmio legal, o direito às medidas de proteção.

Em razão do sigilo das informações, que é marca de qualquer investigação exitosa, sujeita-se o colaborador, porque renunciou ao direito de se opor à persecução penal e concordou em colaborar com esta, a manter o sigilo de todo o teor das investigações ou informações que tiver acesso sobre a persecução penal, sob pena de praticar conduta contrária à colaboração e violar um de seus deveres.

Mostra-se salutar a análise do direito italiano neste tocante como forma de contrastar a norma brasileira. Na Itália é definido no art. 12, § 2o, do Decreto-lei 8/91 algumas das obrigações do colaborador da justiça, sob pena de revogação de seus benefícios legais,⁵⁴⁵ dentre elas: a) observar as normas de segurança prescritas e colaborar com a execução destas; b) dever de submeter-se aos interrogatórios e depoimentos previstos no verbale ilustrativo, devendo para tanto informar todos os fatos e circunstâncias de maior gravidade que tenha conhecimento sobre fatos alheios, trazendo documentos que possua;⁵⁴⁶ c) adimplir as obrigações previstas em lei, bem como aquelas contratadas; d) não manter qualquer contato com qualquer pessoa dedica ao crime, salvo autorização

⁵⁴⁵ Art. 13-quarter do Decreto-lei 8/91.

⁵⁴⁶ Art. 16-quarter do Decreto-lei 8/91: “*Ai fini della concessione delle speciali misure di protezione di cui al Capo II, nonchè per gli effetti di cui agli articoli 16-quinquies e 16-nonies, la persona che ha manifestato la volontà di collaborare rende al procuratore della Repubblica, entro il termine di centottanta giorni dalla suddetta manifestazione di volontà, tutte le notizie in suo possesso utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali è interrogato nonchè degli altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori ed altresì le informazioni necessarie perchè possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali essa stessa o, con riferimento ai dati a sua conoscenza, altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente.*”

judicial; e) especificar todos os bens que possui ou controla, visando garantir a futura indenização dos danos praticados pela atividade ilícita.

Em verdade, destes deveres acima mencionados pode-se concluir que a celebração do acordo de colaboração premiada cria a vinculação psicológica do colaborador a um dever de fidelidade ao Estado, totalmente adverso daquele direito de se opor ao Estado pelos demais imputados; pode-se concluir, assim, que desta necessária fidelidade a exigência jurídica de um *animus* colaborativo do imputado para que este atue de forma a beneficiar a persecução penal, razão pela qual qualquer ato seu contrário a este *animus* deve ser reconhecido como violação de seus deveres para com o Estado.

É de se notar que quando o imputado se torna colaborador da justiça ele pode assumir outra posição jurídica além da de imputado: poderá assumir a posição de testemunha⁵⁴⁷ em relação a processos movidos contra outros integrantes da mesma organização criminosa.

Ante o regime jurídico sob o qual está o colaborador sujeito, podemos reconhecer a difícil situação jurídica deste, pois ao mesmo tempo em que é imputado de um crime, ou seja, possui contra si uma pretensão punitiva do Estado, deve agir como cooperador deste mesmo Estado, a fim de obter os benefícios legais. Embora possa ser reconhecido que de fato o colaborador acaba por atuar como assistente do Estado, dado ao seu interesse jurídico no sucesso da imputação penal, ao menos no campo probatório, não pode ele figurar como assistente da acusação por expressa vedação do art. 270 do Código de Processo Penal.

4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Impõe-se analisar alguns princípios constitucionais inseridos no devido processo penal concernentes à colaboração premiada no tocante ao colaborador.

Tendo em vista que em relação ao delatado vige em sua integralidade a necessidade do devido processo legal de forma tradicional, não há neste tocante qualquer modificação jurídica trazida pela Lei 12.850/13, com exceção da relevante *corroboration rule*, analisada no capítulo final deste trabalho.

⁵⁴⁷ O colaborador pode assumir no sistema da *common law* o papel de *teste a carico*, e no sistema continental o papel de quase testimone (Itália) e imputato (França). (AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitório al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 259)

Vale registrar, ainda, que outros princípios constitucionais ínsitos ao devido processo penal como a garantia do juiz natural, ampla defesa e contraditório serão analisados de forma integrada aos temas com os quais se relacionam à colaboração premiada, deixando-se em destaque neste tópico apenas os princípios constitucionais do *nemo tenetur se detegere*, isonomia, individualização da pena, estado de inocência e ao regime de sigilo.

4.2.1 Direito ao *nemo tenetur se detegere*

O direito ao silêncio no processo penal é reconhecido como princípio-garantia⁵⁴⁸ vinculado à dignidade da pessoa humana possuindo uma origem moderna no *privilege against self-incrimination* do direito anglo-americano e uma origem mais remota no princípio de que ninguém é obrigado a se revelar, ou em sua forma latina: *nemo tenetur se detegere*.⁵⁴⁹

Porque ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, o princípio-garantia do *nemo tenetur se detegere* é previsto em vários diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, podendo ser citados o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que assegura a toda pessoa acusada de um crime o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada (art. 14, n. 3), bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos que previu como garantia judicial mínima o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (art. 8º, § 2º, ‘g’).

No ordenamento pátrio, este direito é previsto expressamente no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal que prevê, dentre outros, o direito de permanecer calado à pessoa presa.

Este direito não se resume apenas à possibilidade do imputado permanecer em silêncio quando de sua oitiva, seja pela autoridade policial seja pela autoridade judiciária. Por força dos princípios trazidos com as convenções internacionais dos direitos humanos e o próprio desenvolvimento histórico do instituto, o direito de permanecer em silêncio

⁵⁴⁸ Os princípios-garantia segundo Canotilho visam “instituir directa e imediatamente uma “garantia” dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa.”(CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 1087 Apud QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saravia, 2011, p. 92)

⁵⁴⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal*. 2 ed. São Paulo: Saravia, 2011, p. 28; 92-93.

engloba também o direito de permanecer inerte em relação a qualquer ato da persecução penal que lhe possa ser desfavorável, pois caso assim não fosse o acusado seria apenas um objeto da investigação, tal como ocorria no sistema inquisitório e não um sujeito titular de direitos, como lhe assegura o princípio acusatório.

Conforme Elizabeth Queijo,

O direito ao silêncio, enumerado na Constituição Federal como direito de permanecer calado, é decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere* e coloca-se na esfera da autodefesa. Além disso, o silêncio pode representar uma estratégia de defesa. Mas o *nemo tenetur se detegere* não se esgota no direito ao silêncio. Compreende direito mais amplo, que é o de não se autoincriminar. A autodefesa abrange, assim, também o direito de recusa em colaborar com a produção de provas que possam importar em autoincriminação.⁵⁵⁰

Embora não possa ser reconhecido como direito absoluto,⁵⁵¹ decorre desta garantia um verdadeiro direito de não colaborar com a persecução penal,⁵⁵² ficando afastadas “[...] quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado, ou mesmo qualquer pessoa (inclusive a testemunha) a uma autoincriminação”.⁵⁵³

Estabelecido que qualquer pessoa imputada (investigada ou processada) pela prática de um crime possui o direito de não produzir prova contra si mesma, é de se assentar que o princípio-garantia em questão apenas autoriza a pessoa a não colaborar, mas não a obriga a este comportamento; ou de outro modo: o *nemo tenetur se detegere* afasta a compulsoriedade da colaboração do imputado com a persecução penal, mas não elide a possibilidade de sua renúncia.

Em verdade, a renúncia ao *privilege against self-incrimination* deve ser considerada uma forma do seu regular exercício, uma vez que este confere ao seu titular (o imputado) a oportunidade jurídica de escolher a melhor forma de sua defesa, colaborando ou não com a persecução penal, sendo esta escolha uma legítima liberdade de ação dada a

⁵⁵⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2 ed. São Paulo: Saravia, 2011, p. 99.

⁵⁵¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2 ed. São Paulo: Saravia, 2011, p. 364.

⁵⁵² Coom anota Aras: “O direito ao silêncio corresponde, a um só tempo, a uma proteção contra a tortura física ou psíquica em nome da verdade real e a uma garantia de não colaboração com o Estado.” (ARAS, Vladimir. *A mentira e o art. 59 do CP*. In: CALABRICH; FISCHER, Douglas; Pelella. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodium, 2010, p. 240).

⁵⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 113

alguém que não é apenas um objeto do processo à mercê das escolhas do Estado, mas sim um dos sujeitos processuais com ampla possibilidade de atuação.

Muitas vezes a colaboração do imputado, ao confessar seu crime por exemplo, pode ser a melhor forma de exercitar sua defesa, a fim de obter a concessão de uma atenuante de pena em uma condenação já esperada pela suficiência dos demais elementos de prova já colhidos.

Desta maneira, o imputado pode decidir pela colaboração ou pela não colaboração com a persecução penal, decorrendo esta possibilidade do direito ao devido processo legal.

O imputado quando decide responder às perguntas sobre o interrogatório de mérito acerca dos fatos a ele increpados não está sujeito, em regra, a nenhuma sanção jurídica específica em relação à veracidade de suas declarações, ou em relação ao seu silêncio,⁵⁵⁴ embora exista entendimento doutrinário de que possa a mentira do acusado ser considerada pelo magistrado como condição pessoal desfavorável quando da dosagem da pena.⁵⁵⁵

Já nos Estados Unidos, país que muito contribuiu para a doutrina do *privilege against self incrimination*, o imputado tem o direito de não se manifestar nos autos nem de colaborar com a Justiça. Contudo, caso resolva apresentar oralmente sua versão dos fatos, passa a assumir a posição jurídica equivalente a da testemunha, sendo compromissada e sujeita a crime de perjúrio.⁵⁵⁶ Neste sistema a renúncia do acusado ao direito ao silêncio implica em um verdadeiro dever para ver reconhecida sua *immunity* contratada com o *U.S. Attorney*, o que pode, de algum modo, representar um incentivo para o réu assim renunciar ao seu direito constitucional em questão,⁵⁵⁷ o que, no entanto, não deslegitima a atuação estatal. Ademais, se foi concedido ao réu a *immunity* pela qual não poderá mais ser processado, o acusado tem o dever de prestar depoimento em contraprestação a esta

⁵⁵⁴ O silêncio do réu não poderá ser contra ele considerado de forma desfavorável (art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal)

⁵⁵⁵ ARAS, Vladimir. A mentira e o art. 59 do CP. In: CALABRICH; FISCHER, Douglas; Pelella. Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Editora Juspodium, 2010, p. 250-251

⁵⁵⁶ A Suprema Corte Americana reconheceu sobre o réu que: “*Nevertheless, when he assumes the role of a witness, the rules that generally apply to other witnesses - rules that serve the truth-seeking function of the trial - are generally applicable to him as well.*”(ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Suprema Corte. Case Perry v. Leeke. Julgado em 10 jan. 1989. Disponível em:< <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/488/272.html>>. Acesso em 21 out. 2016)

⁵⁵⁷ DIEZ, Manuel Quintanar. *La justicia penal e los denominados “arrepentidos”*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 226-227.

garantia, pois não está mais ameaçado em sua liberdade pelo Estado, tal qual qualquer outra testemunha.⁵⁵⁸

No direito italiano há um regramento também diverso daquele existente no país, pelo qual o imputado é advertido que, se prestar declarações sobre fatos que concernem à responsabilidade de terceiros, assumirá em relação a tais fatos o papel de testemunha, com algumas exceções,⁵⁵⁹ e nesta qualidade tem o dever de falar a verdade,⁵⁶⁰ sob pena de praticar crime de falso testemunho.

De fato, no sistema italiano, o acusado concorrente, isto é, aquele acusado de um crime em concurso de pessoas, enquanto não julgado definitivamente (seja em razão de condenação judicial, seja em razão do acordo formulado em juízo) sobre este crime não tem o dever de dizer a verdade sobre os fatos relativos a ele ou ao terceiro no mesmo processo ou no processo.⁵⁶¹ Contudo, caso seja chamado a prestar depoimento em processos conexos ou coligados, sem ter sido praticado em concurso de pessoas (conexão subjetiva), será chamado a depor como testemunha assistida, devendo ser advertido que se prestar declarações sobre fatos alheios assumirá em relação a estes fatos a qualidade de testemunha, com o dever de dizer a verdade.⁵⁶² Há crítica sobre esta regulamentação, pois o Ministério Público pode modificar o conteúdo do *privilege against self incrimination* por meio da forma com que procede à formal acusação.⁵⁶³

⁵⁵⁸ A Suprema Corte americana reconhece que: “*The privilege reflects a complex of our fundamental values and aspirations, and marks an important advance in the development of our liberty. It can be asserted in any proceeding, civil or criminal, administrative or judicial, investigatory or adjudicatory, and it protects against any disclosures that the witness reasonably believes could be used in a criminal prosecution or could lead to other evidence that might be so used. This Court has been zealous to safeguard the values that underlie the privilege. Immunity statutes, which have historical roots deep in Anglo-American jurisprudence, are not incompatible with these values.*”(ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Suprema Corte. Case Kasigar V. United States. Julgado em 22 mai. 1972. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/441/case.html>>. Acesso em 12 out. 2016).

⁵⁵⁹ Art. 64, §3º, do Código de Processo Penal italiano: “3. *Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: (.....) c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis.*” As exceções referem-se aos sujeitos absolutamente incompatíveis com a qualidade de testemunha, que incluem aqueles que praticam crimes em concurso de pessoas enquanto o procedimento está pendente, mas poderão prestar depoimento como testemunha assistida em processos conexos ou coligados.

⁵⁶⁰ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 155.

⁵⁶¹ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6 ed.Torino: UTET Giuridica, 2015, p. 238. É justificada a restrição à existência de sentença definitiva, pois com esta cessa a qualidade de imputado, e, por consequência, da garantia do *nemo tenetur se detegere*.

⁵⁶² TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 155-161.

⁵⁶³ Como assevera, Paolo Tonini: “[...] se deseja que o acusado transforme-se em uma testemunha assistida em razão das declarações que prestou contra terceiros, o Ministério Público pode acusá-lo da prática de lavagem de dinheiro ou de favorecimento, ao invés de acusa-lo de concurso externo no crime cometido por terceiros.”(TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela

Especificamente sobre os colaboradores da justiça no direito italiano, Paolo Tonini⁵⁶⁴ assenta que o direito ao silêncio sofre maior limitação em relação a estes do que no tocante ao acusado comum. Isto porque, na medida em que o colaborador é obrigado a assumir o papel de testemunha assistida, possui o dever de indicar todos os fatos de terceiros de maior gravidade dos quais tem conhecimento. Por outro lado, se o acusado-colaborador falseia a verdade ou cala-se, sujeita-se a procedimento penal igual aos demais acusados, com a diferença de que perde o direito à proteção e aos benefícios legais. Os acusados conexos ou coligados que prestam depoimento sobre fatos alheios podem deixar de responder perguntas em relação aos fatos que estejam vinculados à sua própria responsabilidade no tocante ao delito contra ele instaurado. No entanto, os colaboradores têm o dever de se submeter aos interrogatórios e ao exame cruzado, devendo sua contribuição perdurar até o término de sua contribuição, e, assim, embora possa valer-se do uso do direito ao silêncio em relação aos fatos ligados à sua própria responsabilidade, haverá uma sanção que inexiste em relação aos demais réus: perderá a proteção e os benefícios legais relativos ao *verbale illustrativo*.

No caso brasileiro, pode-se reconhecer que o colaborador da justiça pode assumir duas posições jurídicas: a posição de colaborador-testemunha ou a posição de colaborador-imputado, com diversas consequências jurídicas.

Na primeira hipótese, o colaborador tem como sua contribuição probatória decorrente do acordo de colaboração premiada apenas fatos de terceiros sobre os quais tem conhecimento, mas que não são de sua responsabilidade pessoal, e, desta forma, atua unicamente como testemunha em relação a tais fatos no processo do terceiro. Pode, ainda, o colaborador assumir o papel único de colaborador-imputado, isto é, indicar fatos de terceiros dos quais possui responsabilidade penal. Há a terceira possibilidade: o colaborador atuar como testemunha de crime que não cometeu e ser imputado da prática do crime ligado a este por conexão ou continência.

O colaborador-testemunha quando ouvido no processo do qual não é imputado, e sem haver qualquer conexão ou continência com o crime pelo qual terceiro responde, tem o dever jurídico-penal de dizer a verdade, não podendo se socorrer ao direito ao silêncio,

Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 163)

⁵⁶⁴ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.175-176.

uma vez que esta garantia apenas incide em relação aos fatos relativos ao próprio titular do direito, não abrangendo os fatos alheios a ele.⁵⁶⁵

Este colaborador está sujeito ao crime do art. 342 do Código Penal (falso testemunho), assim tipificado: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.” Entendemos possível a inclusão do colaborador-testemunha como sujeito passivo do crime de falso testemunho, porque estando ele apenas e tão-somente na qualidade de testemunha de um processo, ainda que decorrente das suas obrigações assumidas no acordo de colaboração, equipara-se a qualquer outra testemunha, e, assim, não pode falsear a verdade, e, mais, não pode sequer calar a verdade.

No entanto, dependendo de qual seja sua conduta de falsear a verdade, o colaborador-testemunha pode praticar outro crime, que, por ser específico, prevalece sobre o crime geral do falso testemunho. A Lei 12.850/13 previu em seu art. 19 como conduta criminosa aquela consistente em: “Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas”. O colaborador-testemunha sujeita-se, pois, à sanção penal específica por sua acusação falsa a terceiro ou apresentando deliberadamente fatos falsos aos órgãos de persecução penal, tendo a norma penal visado resguardar a Administração da Justiça, e, de forma, subsidiária, a proteção a terceiros contra falsas acusações.

O crime do art. 19 da Lei 12.850/13 possui aplicação em apenas duas hipóteses: quando o colaborador imputar dolosa e falsamente a terceiro um fato criminoso, conduta que se tipifica como uma das formas do crime de denunciação caluniosa, ou revelar informação falsa sobre a estrutura de organização criminosa, conduta esta ligada à estrutura hierárquica da organização criminosa. Assim, o delito possui incidência limitada, pois não abrange informações falsas em relação à prática de crimes pela organização criminosa, falsidade sobre locais onde estão depositados valores ilícitos, locais em que vítimas estão em cativeiro, dentre outros. Em relação a estes fatos não abrangidos pelo art. 19 da lei em estudo, poderá o colaborador-testemunha ser responsabilizado pelo crime de falso testemunho quando atuar nesta única função.

⁵⁶⁵ É o mesmo caso em que criminosos são testemunhas de outros crimes, ou mesmo vítimas de outros crimes, nos quais, ainda que estejam sendo processados por outros crimes, não ficam isentos do dever de testemunhar sob compromisso legal.

Portanto, o colaborador-testemunha que não figura como imputado no processo em questão, nem em processo conexo, tem o dever de dizer a verdade em relação a fatos de terceiros quando prestar depoimento como testemunha em juízo ou na fase administrativa, sob pena de responsabilidade penal, não podendo sequer se calar. Esta, inclusive, é a diretriz que se pode extrair do art. 4º, §14, da lei em estudo que prevê: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”, não se vislumbrando a inconstitucionalidade do dispositivo legal, pois se trata a norma de responsabilidade de terceiros e não própria, não estando abrangida pela garantia do silêncio.

O colaborador-imputado (de crime conexo ou não), por sua vez, fica imune a qualquer sanção penal em face à garantia do *nemo tenetur se detegere* quando se calar. Caso resolva responder às perguntas a ele formuladas após a renúncia ao direito ao silêncio e falseie a verdade, seja sobre sua responsabilidade pessoal, seja de terceiros, deverá ser responsabilizado criminalmente apenas se suas declarações configurarem o crime do art. 19 da lei em estudo.

A garantia do *nemo tenetur se detegere*, tal como ocorre com o sistema estadunidense pode ser conscientemente renunciada, pois está ligada à liberdade de agir de um dos sujeitos processuais, que não é, repita-se, mais um mero objeto do processo. E a renúncia ao privilégio legal conduz a consequências jurídicas relevantes, sendo uma delas a possibilidade de ser responsabilizado penalmente caso preste declarações falsas, mesma na posição de imputado.

Esta responsabilidade penal ocorrerá caso as declarações do colaborador da justiça configure alguma das condutas acima mencionadas previstas no art. 19 da Lei 12.850/13.

A necessidade da responsabilidade penal do imputado integra de forma muito relevante a estrutura da colaboração premiada, pois visa, sobretudo, garantir a idoneidade das declarações do colaborador, visando proteger terceiros de acusações falsas, que é o cerne das preocupações trazidas pelo instituto.

Em verdade, entendemos que qualquer imputado está proibido pelo ordenamento jurídico de acusar deliberada e falsamente terceiros, sob pena da prática eventual de crimes como calúnia ou denúncia caluniosa, tal como ocorre no direito italiano, ainda que não renuncie ao direito ao silêncio.⁵⁶⁶ De qualquer forma, a lei ao instituir o crime específico

⁵⁶⁶ No direito italiano o réu tem o dever de não caluniar terceiros, nem de autocaluniar-se, sob pena de incorrer em sanção penal (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6 ed.Torino: UTET Giuridica, 2015, p. 206)

para o colaborador da justiça-imputado acabou por introduzir um importante marco legal em direção ao respeito ao Estado e à moralidade pública ao criminalizar falsos depoimentos à Justiça por imputados, o que pode ser o início de uma aproximação do regime estadunidense no tocante à garantia em questão, o que entendemos ser motivo de louvor ao legislador.

Não poderá, contudo, na qualidade de colaborador-imputado estar sujeito ao crime de falso testemunho, ainda que seja ouvido formalmente como testemunha nos autos da persecução penal do crime conexo, pois ao ser concomitantemente imputado e testemunha não se enquadra como mera testemunha para fins de responsabilidade penal e na tipificação restrita do crime do art. 342 do Código Penal.

Mostra-se possível, ainda, estender ao direito pátrio a aplicação dos princípios informadores do direito italiano acerca dos limites da garantia do *nemo tenetur se detegere* em relação aos colaboradores de crimes conexos. De fato, quando há conexão ou continência, ainda que os processos sejam desmembrados, o colaborador ainda figura como imputado, e, assim, deve manter toda a garantia do *nemo tenetur se detegere*, podendo até mesmo falsear a verdade, caso não renuncie ao direito ao silêncio, com as ressalvas de responsabilização penal acima mencionadas.

Todavia, caso já julgado em definitivo o processo ao qual o colaborador é imputado, cessa a conexão ou a continência, sendo de todo cabível que o colaborador perca o direito à garantia do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que já estará encerrada o pressuposto desta garantia que é a condição de imputado e a possibilidade de punição de fato próprio, passando a ser considerado unicamente uma testemunha com todos os deveres legais desta, inclusive, em relação à sanção penal pelo falso testemunho.

A renúncia à garantia do *privilege against self incrimination* é condição necessária para a configuração da colaboração efetiva, pois o uso do direito ao silêncio, em especial durante o tramitar da ação penal, acaba por afastar o *animus* colaborativo, além de deixar de permitir o contraditório em relação aos eventuais delatados, reduzindo sobremaneira a possibilidade de defesa destes, e por conseguinte, a própria credibilidade das declarações do colaborador, tudo em detrimento ao escopo da colaboração premiada.

A renúncia pelo imputado ao exercício da garantia, porém, não afasta a incidência constitucional de sua proteção, mesmo após a renúncia; é dizer: a renúncia à garantia sempre deve ser considerada como relativa ao seu exercício e não ao seu conteúdo, ou seja, será considerada uma renúncia temporária, sendo a garantia um direito potestativo do

imputado que pode ser exercido a qualquer tempo contra o Estado, ainda que dele tenha renunciado por meio do acordo de colaboração premiada.⁵⁶⁷

Não obstante a imunização contra a sanção penal, com os limites acima mencionados, estará sujeito o colaborador que falseie a verdade a perda dos prêmios legais e medidas de proteção decorrentes do acordo de colaboração ao exercer a garantia do silêncio em desconformidade com o estatuto da colaboração premiada.

Cumprido salientar que, dado aos novos contornos jurídicos à garantia constitucional, cumpre papel de expressiva relevância a análise da voluntariedade do colaborador, razão pela qual com devida propriedade e cautela o legislador apresentou disposições legais específicas que buscam salvaguardá-la, legitimando-a, como será visto no decorrer do trabalho.

Desta forma, assemelhando-se ao que ocorre no sistema estadunidense, a previsão de que o colaborador renuncie ao exercício da garantia do *nemo tenetur se detegere* não ofende à garantia constitucional,⁵⁶⁸ mas apenas coaduna-se com o escopo da colaboração premiada ao permitir que o colaborador consiga acesso aos prêmios legais e que ao delatado seja facultada a possibilidade de exercer seu direito à ampla defesa e efetuar o exame contraditório das declarações do colaborador. Ao modificar o âmbito de incidência desta garantia, consideramos ter sido esta uma das mais expressivas modificações jurídicas instituídas pela lei, inserindo-se em relevante flexibilização processual penal instituída pela Lei 12.850/13.

4.2.2 Direito ao estado de inocência

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal declara o princípio do estado de inocência pelo qual: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

⁵⁶⁷ O Supremo Tribunal Federal reconhece que quando o colaborador renuncia à garantia contra a autoincriminação, renuncia apenas ao exercício desta, e não ao próprio conteúdo da garantia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 5952/DF. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em: 14 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000259997&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 12 out. 2016.)

⁵⁶⁸ Elisabeth Queijo entende da mesma forma, assentando que: “É inegável que os benefícios legais estimulam a colaboração processual do acusado que comporta, quase sempre, a autoincriminação. Contudo, desde que não hajanehuma força de coação para compeli-lo a colaborar e que o acusado seja instruído quanto ao direito ao silêncio, não há violação ao *nemo tenetur se detegere*. Nessas condições, cabe a ele decidir, livre e preferencialmente assistido pela defesa técnica, se colabora ou não.” (QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2 ed. São Paulo: Saravia, 2011, p. 258)

condenatória”, que atua em conjunto com o princípio do devido processo legal declarado no art. 5º, LIV, da Carta Magna, pelo qual: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, constituindo estes dois princípios as bases do justo processo, integrando-se tais princípios de forma indissolúvel, pois não se terá um processo justo sem a garantia do estado de inocência, não havendo, por outro lado, esta garantia em um processo que não seja justo.

De fato, como já assentado neste trabalho, a atividade repressiva do Estado aos crimes ocorridos somente pode ser veiculada por meio de um processo que garanta direitos mínimos aos sujeitos processuais, a fim de que a atuação repressiva estatal seja legítima e coadune-se com o primado da dignidade da pessoa humana.

Exsurge, assim, a necessidade de que este processo esteja fundado no estado de inocência daqueles a quem são imputadas infrações penais.

O estado de inocência possui ao menos três significados⁵⁶⁹: a) garantia política, pois o estado de inocência liga-se de forma estruturante e sistemática do processo acusatório, com a valoração ideológica fundada na dignidade da pessoa humana, garantindo a liberdade do acusado diante do interesse social à repressão penal; b) regra de tratamento do acusado, pela qual não pode o acusado ser tratado como culpado, incluindo-se aqui a excepcionalidade da decretação da prisão cautelar e a vedação de prisões processuais obrigatórias, além da impossibilidade de execução antecipada da pena; c) regra de julgamento, que, pelo ângulo técnico-jurídico, impõe ao julgador a absolvição do acusado quando houver dúvida sobre sua responsabilidade penal, podendo o estado de inocência ser superado apenas pela existência de prova além de qualquer dúvida razoável.

Em razão destes significados, o estado de inocência somente poderá ser transformado em estado de culpa por meio da atividade processual inserida em processo penal em que todas as garantias constitucionais sejam observadas, isto é, por meio de um devido processo penal.

Merece maior atenção a situação do colaborador, tendo em vista que o delatado não sofreu modificação em relação ao conteúdo da garantia em questão.

O colaborador passa a ingressar no regime jurídico da colaboração premiada prevista na lei em estudo apenas após a homologação do acordo de colaboração premiada. Ou seja, é pressuposto da colaboração premiada a negociação com o Ministério Público

⁵⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 24.

que, em regra, mas não de forma imprescindível, o colaborador reconhece sua responsabilidade penal, confessando, inclusive, fatos criminosos.

Na experiência dos países da *common law* é possível, na prática, a condenação do réu apenas em face à existência da negociação com o *prosecutor* por meio do *plea bargaining*, ao fundamento de ser este um procedimento formal de resolução de casos criminais válido constitucionalmente,⁵⁷⁰ embora com grande crítica da doutrina por poder levar à perversão da própria noção de justiça.⁵⁷¹

No direito italiano, embora com menor extensão, o princípio do consenso vige nos procedimentos simplificadores introduzidos pelo Código de Processo Penal de 1988, podendo ser citados os procedimentos do juízo abreviado (arts. 438 a 443), aplicação da pena a pedido das partes (art. 444 a 448), juízo diretíssimo (art. 449 a 452), juízo imediato (art. 453 a 458) e procedimento por decreto (art. 459 a 464).

Diversamente, a Lei 12.850/13 não trouxe tamanha inovação ao sistema jurídico-processual a ponto de afastar a observância do devido processo penal como instrumento jurídico legitimador da apuração da responsabilidade penal do colaborador e da imposição da pena criminal a ele. Não há qualquer disposição contida na lei neste sentido. Ao contrário, a lei acaba por reforçar a necessidade do devido processo penal ao impor ao juiz a obrigação de analisar na sentença, que não se confunde com o ato judicial da homologação da avença, os termos do acordo de colaboração premiada e sua eficácia;⁵⁷² a norma em questão acaba por reafirmar a necessidade do devido processo penal para que esteja legitimada a imposição de pena do colaborador.

Impõe-se afastar, pois, a alegação de que a colaboração premiada implique em inconstitucionalidade pela violação ao princípio da inderrogabilidade da jurisdição⁵⁷³ como é assentado por parte da doutrina.⁵⁷⁴ Isto porque a atuação jurisdicional, sob o manto do devido processo legal, é essencial à condenação do colaborador, podendo este, ainda,

⁵⁷⁰ Constata Rodriguez Garcia que o *guilty plea* implica na admissão de todos os elementos de prova do fato que se é acusado, não necessitando o Estado provar que o acusado é realmente culpado. (RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FERNANDES, Fernando Andrade. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 79-92., jan./mar. 1996.)

⁵⁷¹ VIANO, Emilio C. Plea bargaining in the United States: a perversion of justice. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Ramonville Saint-Agne, v. 83, 1/2, p. 109-145, jan./jun. 2012, p.110.

⁵⁷² Art. 4º, §11, da Lei 12.850/13.

⁵⁷³ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal)

⁵⁷⁴ Pela inconstitucionalidade da delação premiada: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do estado. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 22, p. 75-84, abr./jun. 2006.

impugnar o acordo de colaboração ou cláusulas destes, requerendo que qualquer violação a seus direitos seja analisada pelo juiz competente.

É certo que, havendo a confissão do colaborador, hipótese mais comum, embora não imprescindível, aumenta-se sobremaneira a possibilidade de sua condenação judicial, até porque é por demais rara na prática forense a autoacusação falsa. No entanto, esta maior probabilidade de condenação não pode ser confundida com o afastamento do processo penal, nem do princípio do estado de inocência; trata-se, em verdade, de mera decorrência da valoração judicial das provas produzidas nos autos, que está inserida no cerne do processo penal, e que deve ser avaliada segundo os cânones decorrentes do estado de inocência.

O procedimento trazido pela Lei 12.850/13, portanto, não pode ser inquinado de inconstitucional por violação ao estado de inocência, pois insere-se no devido processo penal, representando, sob a ótica do colaborador, um regular exercício do direito da ampla defesa.

4.2.3 Princípio da individualização da pena e isonomia

De acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei deve regular a individualizar a pena, consagrando, assim, o princípio da individualização da pena criminal conforme a situação pessoal do agente reconhecido em sentença como autor de infração penal culpável e punível.

A individualização da pena, segundo Bittencourt Rodrigues,⁵⁷⁵ ocorre em três momentos distintos: a) individualização legislativa, pela qual são previstos os fatos típicos, as sanções criminais e os critérios de fixação da pena; b) individualização judicial, que é aquela concretização da pena abstratamente prevista ao caso posto sob julgamento pelo juiz; c) individualização executória, que corresponde à forma do cumprimento de pena.

A individualização da pena visa adaptar a pena ao condenado, resultando do princípio da dignidade da pessoa humana,⁵⁷⁶ de forma a levar em conta tanto as circunstâncias objetivas da conduta criminosa como as condições pessoais do agente criminoso.

⁵⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. A crise da pena de prisão e a individualização da sua execução. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 41-52, jul./dez. 1998/1999, p. 42.

⁵⁷⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 252

Já o princípio da isonomia veiculados, dentre outros textos normativos internacionais de direitos humanos, pelo art. 5º, *caput*, estabelece o princípio basilar civilizatório de que todos são iguais perante a lei.

No processo penal o conteúdo do princípio da isonomia manifesta-se em dois aspectos: a) exigência do mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo; b) igualdade de armas no processo para as partes (*par conditio*).⁵⁷⁷

Contudo, fundado no reconhecimento de que os seres humanos por natureza são desiguais, é se de se acolher a secular e perene advertência de Rui Barbosa,

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.⁵⁷⁸

Assim, o tratamento desigual a desiguais é justificado como forma de dar a concretude ao princípio da isonomia, entrelaçando-se a isonomia constitucional com o princípio da individualização da pena.

De fato, o conceito da individualização da pena implica no reconhecimento da necessidade da diversidade de tratamento penal sobre condutas que tipificam os mesmos crimes, sob o fundamento de que a pena justa é aquela que é fixada, segundo algumas balizas legais previamente definidas, de acordo com as peculiaridades da conduta criminosa e as condições pessoais do agente, concretizando a pena de acordo com a necessidade social e específica do agente.⁵⁷⁹

E esta legítima diversidade de tratamento penal é justificada porquanto se deve “considerar as diversidades existentes entre os homens, posto que o tratamento igual a pessoas que se encontrem em situações diferentes constituiria autêntica iniquidade.”⁵⁸⁰

Dando concretude ao preceito constitucional da isonomia e da individualização da pena, o art. 59 do Código Penal traz diretrizes específicas sobre a forma de quantificação da pena segundo: a) condições objetivas, como as circunstâncias ocorridas no momento do

⁵⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49.

⁵⁷⁸ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços* / Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

⁵⁷⁹ Por isto critica-se a conduta judicial do fetichismo da pena mínima, impondo-se ajustar o quantum da sanção e sua modalidade ao que se entende necessário e suficiente a satisfazer na justa medida de reprovação da conduta do réu, conforme seus antecedentes, conduta social e personalidade (REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.410)

⁵⁸⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 158-159.

crime e as consequências do crime que são voltados para o futuro pós-delito, além das circunstâncias agravantes relativas à forma de execução do crime, como a emboscada e emprego de veneno, e causas de aumento e de redução de pena; b) condições subjetivas do agente, tais como o motivo, conduta social, personalidade e antecedentes do acusado, além do comportamento da vítima. É de se registrar, ainda, as circunstâncias agravantes, atenuantes e causas de aumento e redução de pena, que englobam circunstâncias objetivas e subjetivas, tudo a permitir ao magistrado a melhor individualização possível da pena de cada um dos agentes que concorreram ao delito.

Volvendo-se à colaboração premiada, tem-se que o agente criminoso que praticou o mesmo fato delituoso, mas que se arrependeu de forma jurídica, ou seja, que resolveu colaborar com a sociedade para minorar o mal causado ou, ainda, fazer um bem com a restituição pelo mal realizado, deve receber tratamento penal diverso daquele que apenas cometeu o mal e não se preocupou em minorá-lo ou mesmo afastá-lo. Ora, caso se igualasse o tratamento penal a ambos, estar-se-ia diante de uma ofensa ao princípio da isonomia real.⁵⁸¹

Em razão deste conteúdo pessoal e individual, os prêmios da colaboração premiada não se estendem aos demais corréus não colaboradores. Além disso, mesmo entre os colaboradores da Justiça existentes em um mesmo processo há diferença de contribuição probatória de cada um deles à persecução penal, estas já pré-definidas no acordo de colaboração premiada. Portanto, mesmo entre os colaboradores impõe-se a individualização de cada espécie de cooperação com o Estado, ficando afastada a extensão dos benefícios concedidos a um deles para os demais.

Desta forma, o agente que colaborou com o Estado por meio de atos externos de cooperação pode ser beneficiado pela lei sem que ocorra qualquer violação do princípio da isonomia; ao contrário, a própria individualização da pena prevista constitucionalmente pressupõe este tratamento desigual conforme as condições pessoais de cada um dos coautores de um crime, colaboradores da justiça ou não, tudo de forma a concretizar o conteúdo do princípio constitucional da isonomia.

Por outro lado, a aplicação dos prêmios legais aos réus colaboradores da justiça não viola o princípio da isonomia em relação aos crimes que não preveem a colaboração

⁵⁸¹ A diferença interna de tratamento sancionatório entre autores do mesmo crime se justifica em razão do significado positivo atribuível a conduta pós-delito do colaborador voltado a proteger o bem jurídico tutelado. (RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei. In MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letzia; ARNOLD, Jörg (a cura di). *Il Crime organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*. Freiburg: Giuffrè Editore, 2000, p. 379).

premiada, dada à diversidade de situações entre o criminoso comum e a aquele que integra o crime organizado. Isto porque a colaboração premiada somente é justificada em casos excepcionais decorrentes de crimes praticados por pluralidade de agentes de forma estruturada na qual exista a “lei do silêncio” a ser combatida por meio da colaboração premiada, existindo aqui um justo discrimem a legitimar o tratamento penal e processual distinto entre os criminosos comuns e aqueles voltados à criminalidade organizada e terrorista. Além disso, em razão da busca pelo legislador para expandir a todos os crimes plurissubjetivos a colaboração premiada por meio da Lei 9.807/99, embora com limitado sucesso, fica de todo afastada esta suposta violação.

4.2.4 Princípio da publicidade e regime de sigilo

Para Greco Filho,

A garantia da publicidade é uma garantia das outras garantias e, inclusive, da reta aplicação da lei. Nada melhor que a fiscalização da opinião pública para que a atuação judicial seja feita corretamente. A publicidade acaba atuando como obstativa de eventual arbitrariedade judicial.⁵⁸²

O princípio da publicidade é uma das garantias judiciais previstas no art. 8o, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que consigna: “O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

O princípio foi consolidado no texto constitucional por meio do art. 5o, LX, que dispõe: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, bem como no art. 93, IX, que dispõe: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, tudo de forma a dar a maior amplitude possível no tocante à persecução penal, havendo, ainda, em nível infraconstitucional, o art. 792 do Código de Processo Penal que garante a publicidade regrada dos atos processuais.⁵⁸³

⁵⁸² GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

⁵⁸³ Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1o Se da publicidade da audiência, da sessão

Como se depreende dos textos normativos que regem a matéria, a regra é a publicidade do atos processuais e seu antônimo – o sigilo – a exceção, nos casos expressamente previstos em lei em que a publicidade possa gerar danos à intimidade ao interesse social e ainda nos casos de perturbação da ordem, escândalo ou inconveniente grave.

Evidentemente a publicidade relaciona-se com a ampla defesa e aos outros princípios constitucionais, como o devido processo legal, ao princípio do contraditório, à possibilidade de exercer o uso do habeas corpus de forma efetiva, ao princípio do duplo grau de jurisdição, pois apenas podem ser exercidos tais direitos com o conhecimento do teor das acusações e dos elementos do processo. A publicidade é, pois, uma das condições jurídicas para conferir eficácia à defesa técnica e autodefesa ao permitir em seu aspecto interno a ciência e acesso à documentação dos atos de investigação e dos atos processuais, permitindo, ainda, a constituição de advogado e sua intervenção nas investigações ou no processo.⁵⁸⁴

A publicidade dos atos processuais é, ainda, uma garantia da independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do Juiz, bem como permite o controle público da atividade jurisdicional.

É conhecida a distinção feita pela doutrina sobre a publicidade: a) publicidade externa, que é aquela que garante a terceiros estranhos à persecução o acesso aos autos do processo ou a audiência dele decorrentes; b) publicidade interna, a qual garante às partes, seus defensores e demais operadores do direito que atuam na persecução penal o acesso aos autos.⁵⁸⁵

A publicidade externa pode ser restringida para a proteção da intimidade das pessoas envolvidas na persecução, bem como para garantir a proficuidade da atividade da persecução penal, não havendo prejuízo com tal restrição. Já a restrição à publicidade interna acaba por gerar a desigualdade na persecução penal, dado que, em especial na fase

ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.”

⁵⁸⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 341.

⁵⁸⁵ MORAES, Mauricio Zanoide. Publicidade e proporcionalidade. In: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES, Mauricio Zanoide (coord). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

pré-processual, é restrita apenas ao imputado e não aos demais sujeitos da persecução, como a autoridade policial e o membro do Ministério Público.⁵⁸⁶

Discorreremos sobre a questão do acesso aos autos do imputado também quando analisarmos o papel da defesa técnica no instituto.

Feita a observação, a publicidade dos atos processuais e dos atos de investigação é a regra, mesmo com a restrição trazida pelo art. 20 do Código de Processo Penal, que confere sigilo ao inquérito policial para a elucidação do fato ou pelo interesse da sociedade, uma vez que, por força da ampla defesa prevista constitucionalmente e dado ao art. 7º, XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a publicidade interna concernente ao imputado e seu defensor somente podem ser afastadas havendo um interesse concreto da justiça na eficácia da persecução penal.

Como anota Zanoide Moraes: “o sigilo das investigações pode ser necessário tanto para que a autoridade pública localize o suspeito quanto para que, quando já conhecido, a medida determinada não se torne inócua”,⁵⁸⁷ ou seja, a restrição à publicidade interna da investigação somente pode ser restringida, em suma, quando dela puder se tornar inócua a diligência em andamento.

Esta conclusão decorre da incidência do princípio da proporcionalidade, que visa ponderar os valores constitucionais em disputa, a fim de que se possa garantir um equilíbrio entre todos os princípios constitucionais aplicáveis à matéria.

Em função da necessidade de se garantir o efetivo acesso à defesa técnica aos procedimentos de investigação, mas já sopesada, em um juízo de proporcionalidade, a possibilidade de que parte da investigação decorrente de diligências ainda em trâmite e não documentada seja sigilosa, a fim de não ser frustrada, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 14, na qual se reconhece como direito do defensor, no interesse do representado, o acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa, sendo este o parâmetro jurisprudencial do ordenamento pátrio para a publicidade interna nos procedimentos de investigação.

Por sua vez, o art. 7º, §§ 1º e 2º, da Lei 12.850/13, determina o sigilo dos autos do acordo de colaboração premiada quando realizado na fase pré-processual até o

⁵⁸⁶ MORAES, Mauricio Zanoide. Publicidade e proporcionalidade. In: FERNANDES. Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES, Mauricio Zanoide (coord). Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

⁵⁸⁷ MORAES, Mauricio Zanoide. Publicidade e proporcionalidade. In: FERNANDES. Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES, Mauricio Zanoide (coord). Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44.

recebimento da denúncia, ou seja, perdura durante o tramitar das investigações, mas com a possibilidade de acesso do colaborador, desde que já encerradas as diligências investigativas.

O regime de sigilo instituído para a colaboração premiada, isto é as normas que delimitam a possibilidade do afastamento da publicidade dos atos relativos à persecução penal das organizações criminosas, visa basicamente a duas finalidades: a) resguardar os direitos do colaborador em relação à preservação de sua identidade (art. 7o, c.c. art. 5o, II e V, da lei) e b) garantir o êxito das investigações (art. 7o, parágrafo 1o, in fine, da lei).⁵⁸⁸ Embora não conste da lei, podemos acrescentar mais uma finalidade: proteger a intimidade do eventual delatado contra, sobretudo, acusações falsas.

Este sigilo previsto legalmente atinge apenas à publicidade externa e não ao imputado-colaborador e a seu defensor, que deverão ter acesso a todos os elementos apurados na investigação durante a fase de negociação do acordo, como será melhor desenvolvido ao se abordar o papel da defesa técnica.

O sigilo das fases de negociação, confirmação e execução da colaboração premiada até o recebimento da denúncia é oponível, inclusive, em relação aos corréus e os defensores deles.

Isto porque o acordo de colaboração premiada é personalíssimo e diz respeito apenas ao exercício de defesa do colaborador,⁵⁸⁹ impondo-se seu sigilo, inclusive, para a proteção deste de intimidações dos demais integrantes da organização criminosa, como se depreende do art. 5º, II e V, da lei que visam preservar sua identidade e sua qualificação como colaborador.

⁵⁸⁸ Neste sentido o Supremo Tribunal Federal reconheceu pelo sua composição Plena que: “O conteúdo dos depoimentos pretendidos pelo reclamante, embora posteriormente tornado público e à disposição, encontrava-se, à época do ato reclamado, submetido a sigilo, nos termos do art. 7o da Lei 12.850/2013, regime esse que visa, segundo a lei de regência, a dois objetivos básicos: (a) preservar os direitos assegurados ao colaborador, dentre os quais o de “ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados” (art. 5o, II) e o de “não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito” (art. 5o, V, da Lei 12.850/2013); e (b) “garantir o êxito das investigações” (art. 7o, § 2o e art. 8, § 3o).”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 220009 AGR/PR. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em: 16 fev. 2016. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10939449>>. Acesso em 21 set. 2016.)

⁵⁸⁹ Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já assentou que: “Por se tratar de negócio jurídico 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 no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127483/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 27 ago. 2015. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 22 set. 2016.)

O sigilo aqui cumpre a função de garantir ao imputado-colaborador a paz necessária para refletir sobre a conveniência ou não do acordo, afastando interferências externas da organização criminosa, tais como subornos, ameaças de morte e mesmo sugestões de “combinações de delações falsas”. Esta função de garantia é paralela ao direito de proteção à intimidade das partes envolvidas na persecução penal, mas de uma forma mais intensa, pois a publicidade neste caso pode colocar em risco de vida a pessoa do colaborador.

Cumprido, ainda, ao regime de sigilo o escopo de permitir o desenvolvimento das investigações decorrentes dos novos elementos probatórios trazidos com a colaboração, que caso se torne conhecido a todos os investigados tornaria ineficazes as diligências investigativas, com prejuízo à toda finalidade da colaboração premiada em seu aspecto probatório.

Por outro lado, considerando-se que os casos envolvendo organização criminosa são marcados pela multiplicidade de investigados, não é possível o acesso imediato de todos os investigados a todos os termos do acordo do colaborador que os delata. Isto porque, em tal caso, o Ministério Público não poderia ajuizar ação penal contra aqueles contra os quais já há os elementos probatórios suficientes, a fim de não prejudicar toda a investigação contra os demais que ainda precisam ser produzidos elementos de informação, gerando clara perda de eficiência da persecução penal, sem que exista qualquer violação à ampla defesa.

Desta forma, a defesa do imputado não-colaborador terá acesso durante o regime de sigilo apenas aos elementos colhidos em relação a ele,⁵⁹⁰ desde que inexista diligência em andamento, não podendo ter acesso a elementos que não lhe digam respeito, por lhe faltar interesse, ao menos enquanto durar o sigilo, no tocante ao acordo de colaboração e tudo dependendo de ordem judicial, exceção feita ao próprio conteúdo do acordo de colaboração, que será dado publicidade apenas após o recebimento da denúncia.

Este interesse induz ao reconhecimento de que inexiste a qualquer delatado o acesso universal a todos os depoimentos prestados em razão de uma colaboração premiada. Como reconhece o Supremo Tribunal Federal:

Tratando-se de colaboração premiada contendo diversos depoimentos, envolvendo diferentes pessoas e, possivelmente, diferentes organizações criminosas, tendo sido prestados em ocasiões diferentes, em termos de

⁵⁹⁰ Na Itália, o acesso do delatado em relação ao *verbale illustrativo* também é limitado à parte concernente ao próprio delatado (art. 16-sexies, §1º, do Decreto-lei 8/91)

declaração separados, dando origem a diferentes procedimentos investigatórios, em diferentes estágios de diligências, não assiste a um determinado denunciado o acesso universal a todos os depoimentos prestados. O que a lei lhe assegura é o acesso aos elementos da colaboração premiada que lhe digam respeito.⁵⁹¹

É necessário, ainda, que exista investigação formalmente instaurada para a apuração do fato delatado pelo colaborador, sendo insuficiente para gerar o direito ao acesso aos autos do acordo apenas a simples delação do colaborador, sem que a autoridade pública tenha iniciado investigação formal sobre o fato específico que diga respeito ao delatado, dado que o início da investigação formal é o marco inicial para o exercício da ampla defesa.

Assim, a defesa do corréu delatado não ostenta direito a ter acesso às negociações do acordo, mas lhe deve ser assegurado o conhecimento do acordo após o recebimento da denúncia, quando for levantado o sigilo⁵⁹², estando diferidos, e não afastados, a publicidade e o contraditório.

Depreende-se, pois, deste regime sua adequação à disposição da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, na medida em que garante o acesso do imputado-colaborador à investigação, dando concretude à ampla defesa, protegendo sua intimidade e integridade do público externo às investigações e de eventuais delatados, permitindo, ainda, aos eventuais delatados o amplo exercício de defesa, mas na oportunidade própria, isto é, quando da existência de investigação formal e após a conclusão das diligências pendentes e que lhe digam respeito.⁵⁹³

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 3983/DF. Rel. Min. Teori Zavaski. Julgado em 3 mar. 2016. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10940248>>. Acesso em 22 set. 2016.

⁵⁹² Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “a simples especulação jornalística a respeito da existência de acordo de colaboração premiada ou da sua homologação judicial ou de declarações que teriam sido prestadas pelo colaborador não é causa juridicamente suficiente para a quebra do regime de sigilo, sobretudo porque poderia comprometer a investigação.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 6164 AgR/DF. Rel. Min. Teori Zawaski. Julgado em 6 set. 2016. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11690782>>. Acesso em 7 out. 2016)

⁵⁹³ A compatibilidade constitucional do regime de sigilo da colaboração premiada foi recentemente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal: “Assegurado o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14, que garante ao defensor legalmente constituído “o direito de pleno acesso ao inquérito (parlamentar, policial ou administrativo), mesmo que sujeito a regime de sigilo (sempre excepcional), desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio inquérito ou processo judicial” (HC 93.767, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 10.4.2014).”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 6164 AgR/DF. Rel. Min. Teori Zavaski. Julgado em 6 set. 2016. Disponível em:<

A lei determina, ainda, que o investigado-delatado deverá ter acesso aos autos, mediante requerimento ao magistrado, ainda que classificados como sigilosos, com antecedência mínima de 3 dias do ato quando ocorrer a designação de data para sua oitiva (art. 23, parágrafo único da Lei 12.850/13), o que vai ao encontro do exercício da ampla defesa, pois o conhecimento do teor do material investigativo é pressuposto do exercício de defesa. A autoridade policial deverá ter em conta que, ao chamar formalmente um investigado para ser interrogado, este passa a ostentar a qualidade de imputado de uma acusação, ainda que não formal, da prática de um ato criminoso, o que lhe confere a garantia constitucional da ampla defesa efetiva, que prevalece, em regra sobre o regime de sigilo, com a ressalva das diligências em andamento e do acordo de colaboração premiada.

Pela necessidade de proteção ao colaborador é de se reprovar com veemência os famigerados “vazamentos” de informação para a mídia sobre negociações de acordos de colaboração premiada, por colocarem em perigo a própria integridade física do potencial colaborador, o que, inclusive, é vedado pelo art. 5o, V, da Lei 12.850/13, que estatui o direito do colaborador “não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito”

Além disso, como o princípio constitucional do estado de inocência gera uma norma de tratamento com fundamento constitucional a todos, desde os operadores da persecução penal até a mídia, é dever jurídico de todos os membros da sociedade absterem-se de tratar com a nomenclatura de culpados aqueles que estão sendo investigados, e mesmo colaboradores da justiça, sendo mais adequado a omissão de nomes dos investigados até ao menos a existência de uma acusação formal pelo Ministério Público,⁵⁹⁴ a fim de dar o justo equilíbrio entre o direito de informação da sociedade e a proteção da intimidade das pessoas.

Da mesma forma, a proteção da intimidade e imagem dos delatados exige um cuidado maior por parte da mídia e dos operadores do direito, dada a concreta possibilidade de que a delação seja falsa, risco inerente ao instituto da colaboração premiada, causando deletérios prejuízos à honra e imagem dos delatados, que são de difícil reparação.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11690782>>. Acesso em 22 set. 2016.)

⁵⁹⁴ MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2010, p.503-513.

4.3 SALVAGUARDAS LEGAIS

Visando assegurar o equilíbrio entre a necessária e eficiente persecução penal do Estado e o imprescindível respeito às garantias constitucionais, a lei em estudo previu algumas restrições à atuação repressiva do Estado, que podem ser classificadas em a) regras probatórias específicas, relativas à valoração judicial das declarações do colaborador, das quais se incluem a vedação ao uso exclusivo das declarações de culpa do colaborador quando houver o insucesso da negociação para o acordo de colaboração e a exigência da prova corroborativa das declarações do colaborador contra o delatado; b) regras formais próprias, que incluem a participação obrigatória do defensor em todos os atos da colaboração, a indispensabilidade e regulação do procedimento próprio para a celebração do acordo de colaboração premiada.

Estas salvaguardas legais serão analisadas no decorrer do presente trabalho.

4.4 PRÊMIOS LEGAIS

Passamos a analisar os prêmios legais, que, juntamente com as obrigações do colaborador, são o cerne da colaboração premiada.

Os prêmios estabelecidos na Lei 12.850/13 estão previstos de forma não sistemática, mas todos têm sua fonte o art. 4º, deste diploma legal, sendo eles: a) perdão judicial, b) redução da pena privativa de liberdade, c) substituição da pena restritiva de direitos, d) não oferecimento de denúncia, e) progressão de regime.

Da exegese do art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/13⁵⁹⁵ entendemos que há ali uma ordem de gradação decrescente entre os prêmios legais na sequência exposta no dispositivo legal: o perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade ou sua substituição; o primeiro prêmio afasta qualquer punição do colaborador, o segundo mantém o cumprimento de pena, mas com certa atenuação e o último mantém a pena cominada, apenas transformando sua execução para uma forma mais branda.

⁵⁹⁵ 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 [...]"

E a gradação varia conforme com o grau de colaboração do agente, que deve ser analisada de uma forma qualitativa e não meramente quantitativa, uma vez que decorre de forma expressa que a simples colaboração que resulte em uma das hipóteses de eficácia da colaboração já é suficiente para a concessão do maior prêmio, que é o perdão judicial, bem como dos demais, não sendo necessária a cumulatividade das hipóteses.

É certo que, por se tratar de uma análise qualitativa, caberá três avaliações sobre o grau da colaboração.

Inicialmente aos responsáveis pela persecução penal cabe analisar de forma cuidadosa e com muita cautela, ainda na fase de negociação do acordo de colaboração premiada, a posição do potencial colaborador na hierarquia da organização criminosa, bem como as informações por ele inicialmente oferecidas às persecução, a fim de se realizar a projeção de quais resultados concretos poderão ser obtidos com a colaboração; e apenas ao final, deve-se avaliar qual será a proposta de prêmio a ser a ele oferecida.

Posteriormente, quando da homologação do acordo, em mera cognição sumária e com os limites adiante mencionados, o juiz realizará uma análise da legalidade dos prêmios oferecidos e sua correlação com os fatos trazidos e, quando da prolação a sentença adjudicará ao colaborador os prêmios legais.

Em princípio, como se depreende do art. 4º, caput, da Lei 12.850/13, não é cabível a cumulação dos prêmios legais, pois a norma prevê a alternatividade entre o perdão judicial, a redução de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos como prêmios à voluntária e eficaz colaboração do imputado.⁵⁹⁶

Obviamente, este óbice legal não implica em afastar os benefícios legais ordinariamente previstos para todos os delitos. Desta feita, por exemplo, caso ocorra a redução da pena privativa de liberdade de forma a permitir a sua substituição por pena restritiva de direitos com os requisitos de admissibilidade ordinários e comuns do art. 43 e 44 do Código Penal, incidirá o benefício mencionado, mas que não pode ser considerado um dos prêmios legais.

⁵⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 54; BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129.

Vale ressaltar que os prêmios legais são personalíssimos, isto é, atingem apenas ao colaborador da justiça, não podendo ser estendidos para terceiros.⁵⁹⁷

Por fim, e caso se trate de prêmio legal que dependa da concessão judicial, na sentença ocorrerá nova reavaliação da colaboração.

Passemos a analisar cada um dos prêmios previstos em lei.

4.4.1 Perdão judicial

O perdão judicial é causa de extinção de punibilidade prevista no art. 107, IX, do Código Penal, consistindo em autorização legal para que o juiz deixe de aplicar a pena, embora o agente tenha praticado fato típico, antijurídico, culpável e punível.

O perdão judicial é fundado na constatação de que algumas circunstâncias do caso concreto tornam a pena despicienda ou desproporcional.⁵⁹⁸

Em se tratando de causa de extinção de punibilidade do *ius puniendi* estatal deve estar expressamente prevista em lei, sendo exemplos as previsões contidas no art. 121, parágrafo 5º (homicídio culposo) e no art. 129, parágrafo 8º (crime de lesão corporal), ambos do Código Penal, trazendo como requisitos uma avaliação subjetiva do magistrado sobre “as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária.”.

Tais requisitos indicam a excepcionalidade do perdão judicial, podendo ser citados na experiência forense os casos em que no homicídio culposo o acidente causado pelo pai acaba matando seu filho, ou, ainda, quando o próprio réu sofre lesões de tal

⁵⁹⁷ Neste sentido: “em estrita observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), a dosimetria das sanções atentou para as circunstâncias subjetivas que extremavam as situações do recorrente e do corréu, notadamente a efetiva colaboração desse último com a investigação criminal. O recorrente, que não estava obrigado a se autoincriminar nem a colaborar com a Justiça (art. 5º, LXIII, CF), exerceu seu direito constitucional de negar a prática dos ilícitos a ele imputados. Após adotar essa estratégia defensiva, por reputá-la mais conveniente aos seus interesses, não pode o recorrente agora, à vista do resultado desfavorável do processo, pretender que lhe seja estendido o mesmo benefício reconhecido àquele que, desde o início, voluntariamente assumiu a posição de réu colaborador, arcando com os ônus dessa conduta processual, na expectativa de obter as vantagens dela decorrentes. O recurso do recorrente, portanto, não deve ser provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 124192/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8164532>>. Acesso em: 12 out. 2016).

⁵⁹⁸ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.514

gravidade em decorrência do acidente automobilístico que a sanção penal se torna desnecessária.

Sob o regime da colaboração premiada previsto na Lei 12.850/13, conforme já aludido, não foi instituído um parâmetro objetivo sobre quais as hipóteses de colaboração seriam aptas a gerar o prêmio legal, uma vez que o art. 4º, *caput*, da lei declara que o perdão judicial poderá ser concedido, juntamente com os demais prêmios, quando ocorra um ou mais dos resultados indicados nos incisos I a V, que são as hipóteses de colaboração.

Contudo, dada à excepcionalidade do instituto, entendemos que o perdão judicial é o prêmio máximo previsto na legislação em estudo, uma vez que extingue a punibilidade do agente de forma irreversível, diferentemente do prêmio concernente ao não oferecimento da ação penal, no qual em algumas hipóteses pode ser desconstituído, com o oferecimento da denúncia.

A concessão do prêmio depende da prolação de sentença, isto é, pressupõe uma instrução criminal finalizada com o reconhecimento da autoria e materialidade do fato típico, antijurídico, culpável e punível, pois é cabível apenas quando o juiz reconheça todos os elementos necessários a uma condenação criminal, para ao final conceder o perdão judicial, tal como se depreende do art. 120 do Código Penal, que assenta: a sentença que conceder o perdão judicial não gerará a reincidência do agente.

O perdão judicial ostenta uma característica que difere dos demais prêmios legais, a saber: pode não estar previsto no acordo formulado e homologado judicialmente. De fato, como se depreende do art. 4º, parágrafo 2º, da lei, o Ministério Público e a autoridade policial, esta apenas na fase pré-processual, estão autorizados a realizar uma espécie de aditamento ao acordo formulado, a fim de solicitar ao magistrado a concessão do perdão judicial, que não estava previsto anteriormente no primeiro acordo.

Excepcionalmente, diante de fatos supervenientes ou de uma colaboração que obtenha resultados muitíssimos relevantes para a persecução penal de grandes organizações criminosas, o prêmio anteriormente mencionado no acordo pode deixar de ser proporcional à efetividade da colaboração prestada pelo imputado, o que justifica a previsão legal.

A excepcionalidade deste prêmio, somada à sua amplitude e a seu efeito de extinguir a punibilidade do agente, gera, por consequência lógica e sistemática, que não

poderá ser concedido caso existam restrições legais à concessão de prêmio de menor amplitude. Assim, não sendo possível a concessão do prêmio de não oferecimento de denúncia ao imputado líder de organização criminosa (art. 4º, parágrafo 4º, da Lei 12.850/13), com muito mais razão não poderá ser concedido a ele o prêmio máximo do perdão judicial.⁵⁹⁹ Aliás, dificilmente poderia ser vislumbrada uma hipótese de colaboração tão efetiva pelo líder da organização criminosa que justificasse tal prêmio, uma vez que um dos maiores alvos da persecução penal nos crimes de organização criminosa e conexos é a identificação e punição dos líderes dela.

O mencionado dispositivo legal traz, ainda, a possibilidade de aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, isto é, a remessa dos autos ao chefe do Ministério Público para reapreciar a questão, caso ocorra a discordância do magistrado.

Embora parte da doutrina entenda descabida a previsão do dispositivo legal, ao argumento de que cabe o juiz livremente a escolha de um dos prêmios legais,⁶⁰⁰ discordamos deste entendimento. Considerando-se o princípio hermenêutico de que a norma não possui palavras ou expressões inúteis, temos que o dispositivo legal ostenta uma clara indicação da vontade do legislador em tornar vinculante ao juiz a manifestação proferida pelo Ministério Público no tocante ao prêmio do colaborador. Isto porque o dispositivo legal, ao fazer a remissão ao art. 28 do Código de Processo Penal, acabou por igualar, em relação à concessão do prêmio legal, à forma de apreciação e a vinculação do juiz à manifestação do Ministério na sistemática adotada quando da formulação do pedido de arquivamento, que é obrigatória para o juiz, facultando-lhe apenas em caso de discordância remeter os autos ao chefe do Ministério Público e não indeferir o pedido, sendo esta última manifestação vinculante ao magistrado.

Entendemos aqui que a vinculação do juiz se configura apenas em relação ao pedido formulado pelo Ministério Público e não pela autoridade policial, dado ser o o *Parquet* o titular do *ius puniendi* estatal. À autoridade policial cabe ser apenas o agente intermediário do acordo de colaboração premiada, sendo vinculante a ela o parecer do

⁵⁹⁹ Neste sentido é o posicionamento de Marcelo Rodrigues da Silva que justifica a impossibilidade da concessão do perdão judicial pela proximidade deste prêmio com o não oferecimento de denúncia, razão pela qual sustenta deva haver o mesmo tratamento legal dos requisitos concessivos. Já para Luiz Flavio Gomes, por não haver impedimento expressamente na lei, caberia ao líder da organização também a concessão do perdão judicial. (GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 257-258).

⁶⁰⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/13)*. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodium, p. 52.

Ministério Público,⁶⁰¹ havendo, ainda, quem sustente a inconstitucionalidade da possibilidade legal do delegado de polícia buscar a concessão do perdão judicial, ao argumento de que assim procedendo estaria influenciando no direito atribuído ao Ministério Público de ser o titular da ação penal.⁶⁰²

Desta forma, no tocante à colaboração premiada, o perdão, que é judicial por ser declarado pelo juiz,⁶⁰³ está vinculado em seu mérito à concordância do Ministério Público, não podendo ser concedido *ex officio*, dado os contornos trazidos pela Lei 12.850/13, sendo, assim, este perdão especial em relação às demais formas de perdão trazidas na legislação brasileira, embora, da mesma forma que os demais, afaste qualquer efeito condenatório.

4.4.2 Não oferecimento de ação penal

Conforme será desenvolvido neste trabalho quando se tratar da flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal,⁶⁰⁴ entendemos que o benefício do não oferecimento de denúncia corresponde ao que denominamos de arquivamento atípico.

Discordamos, assim, de Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues Silva, para quem a disposição do art. 4º, parágrafo 4º, da Lei 12.850/13 configura uma imunidade, assemelhando-se à *immunity*⁶⁰⁵ do direito americano, que impede o colaborador de ser processado criminalmente, com a posterior extinção da punibilidade do agente.⁶⁰⁶

⁶⁰¹ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 251

⁶⁰² SILVA, Eduardo Araujo da. Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada: Lei 12.850/13. Disponível em:< http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf>. Acesso em 22 set. 2016.

⁶⁰³ Como está sedimentado jurisprudencialmente a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório (Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça).

⁶⁰⁴ Item 5.3.2 infra.

⁶⁰⁵ Conforme Araujo Silva: “Na sistemática estadunidense, a disciplina da *immunity* é considerada uma ferramenta de investigação decisiva e insubstituível à disposição do prosecutor, o qual tem a possibilidade de negociar com o suspeito para que renuncie ao seu direito ao silêncio e comprometa seus cúmplices, em troca da garantia de não ser processado penalmente. Para a apuração do crime organizado, tal mecanismo constitui a retaguarda do desenvolvimento das investigações e procedimentos, que dependem cada vez mais das palavras da state witness contra seus companheiros.”(SILVA, Eduardo Araujo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61)

⁶⁰⁶ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador:

De fato, a Lei 12.850/13 não trouxe qualquer disposição que tornasse o não oferecimento de denúncia previsto no art. 4º, parágrafo 4º, como causa de extinção da punibilidade do agente ou como causa impeditiva da denúncia, tal como ocorre com o acordo de leniência.⁶⁰⁷ Ao contrário, o prêmio legal em questão traz uma ideia de precariedade da ausência de ajuizamento da ação penal, que ainda poderia ser ajuizada, mesmo após a aplicação do benefício.

Embora as imunidades tenham previsão no art. 26, item 3, da Convenção de Palermo,⁶⁰⁸ o fato é que o Brasil não instituiu esta modalidade de prêmio legal no sistema da Lei 12.850/13, que possui uma incidência mais ampla do que o prêmio trazido pela lei.

A imunidade mencionada teria o condão de garantir ao colaborador, ao final da sua colaboração, a total extinção da punibilidade, mesmo que após fossem encontradas outras provas contra ele, inclusive em relação à sua condição de líder da organização criminosa, estando ele imune em relação à persecução penal.

Já o arquivamento atípico da investigação implica em uma proteção ao colaborador, que não será processado em razão do acordo firmado com o *Parquet*, mas de uma forma mais precária, dado que a ação penal ainda pode ser movida, eis que o *ius puniendi* ainda está em vigor.

É certo que por mero ato discricionário do membro do Ministério Público não poderá haver o ajuizamento da ação penal após o oferecimento do benefício mencionado ao colaborador, pois cabe ao Estado agir de acordo com a moralidade pública, na qual se insere o dever de cumprir com seus compromissos assumidos com os particulares.

Todavia, o arquivamento pode ser afastado por duas razões. A primeira razão decorre da natural causa decorrente do descumprimento por parte do colaborador de suas obrigações assumidas no acordo de colaboração, que gera a perda dos prêmios legais pelo colaborador da justiça. A segunda razão decorre da vinda de novos elementos

Editora Juspodium, 2015, p. 262-264

⁶⁰⁷ Art. 87 da Lei 12.529/11: “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 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. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.”

⁶⁰⁸ Art. 26, 3, da Convenção de Palermo: “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.”

probatórios,⁶⁰⁹ uma vez que o sistema do ordenamento jurídico processual penal no tocante ao arquivamento da investigação permite o prosseguimento das investigações com a vinda de novos elementos probatórios.⁶¹⁰ Neste sentido, entendemos que situações que demonstrem uma maior periculosidade do colaborador do que a anteriormente aferida, como a prova nova de que ele praticou outros delitos ainda mais graves no seio da organização criminosa, ou, ainda, que indiquem ter estado ele em um mais elevado padrão hierárquico na organização criminosa, justificam a reabertura da investigação e permitem o oferecimento de denúncia.

Assim, temos que este arquivamento atípico é mais precário do que a imunidade processual, pois a punibilidade do agente não está extinta com o benefício em questão, e embora o exercício da ação penal somente possa ser exercido mediante novas condições, não alcança a amplitude de outro prêmio legal, a saber, o perdão judicial, que fulmina o direito de punir do Estado, tal como ocorre de forma assemelhada com a imunidade.

Por fim, é se de assentar que o prêmio do não oferecimento de denúncia não ofende ao princípio da indivisibilidade da ação penal, isto é, a obrigação de que todos os autores do crime sejam incluídos na ação penal, sob pena de extinção da ação penal, uma vez que este princípio não se aplica à ação penal pública, mas apenas à ação penal privada, a teor do art. 48 do Código de Processo Penal.⁶¹¹

4.4.3 Redução de pena

Outro prêmio legal, que é o de incidência mais corriqueira, e que pode ser contemplado em qualquer fase da persecução penal é a redução de pena.

⁶⁰⁹ Art. 18 do Código de Processo Penal.

⁶¹⁰ Nos termos da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”

⁶¹¹ Como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, analisando a colaboração premiada anterior à Lei 12.850/13: “Também não procede a alegação de que a ausência de acusação contra dois supostos envolvidos - beneficiados por acordo de delação premiada - conduziria à rejeição da denúncia, por violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inaplicabilidade de tal princípio à ação penal pública, o que, aliás, se depreende da própria leitura do artigo 48 do Código de Processo Penal. Precedentes.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 2245/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em : 28 ago. 2007. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494478>>. Acesso em 22 set. 2016.)

De acordo com a sistemática legal⁶¹², a redução máxima possível da pena pela colaboração premiada varia conforme a fase processual em que firmado o acordo de colaboração: caso firmado o acordo na fase pré-processual ou processual, a lei prevê redução máxima de 2/3 da pena privativa de liberdade; já se firmado após a prolação da sentença (em execução provisória ou definitiva), a redução máxima será de até 1/2.

Embora não previsto o mínimo da redução, é certo que deverá haver a redução da pena de forma efetiva, não podendo, pelo princípio da proporcionalidade, ser tão pequena a ponto de ser considerada inexpressiva, até porque como se considerou quando da celebração do acordo que a colaboração premiada era necessária, deve-se premiar o agente de uma forma igualmente relevante. Assim, de *lege ferenda*, entendemos que o mínimo de redução possível para que ocorra uma redução efetiva, segundo a sistematização da matéria pelo Código Penal, é a redução de 1/6.⁶¹³

O percentual de redução de pena deve estar previsto no acordo de colaboração premiada como forma de dar segurança ao colaborador. Em caso de ausência de previsão específica sobre a redução no acordo, caberá ao juiz quando da prolação de sentença condenatória fixar a redução de pena conforme o grau de efetividade da colaboração ocorrida.

A redução de pena prevista na Lei 12.850/13, por não abranger o tipo penal, deve ser considerado causa de diminuição de pena especial, devendo, pois, ser aplicada pelo juiz na terceira fase da dosagem de pena prevista no art. 68 do Código Penal.

Como explana Reale Junior,

As causas de aumento e de diminuição de pena revestem-se de tipicidade, tal como as circunstâncias, em razão do que giram em torno de uma posição valorativa, sendo que a lesão ao bem jurídico é mais ou menos reprovável. É mais reprovável, se além do bem jurídico consagrado na norma nuclear incriminadora fere-se outro valor; é menos reprovável, se, ao se praticar a conduta delituosa, lesiona-se menos gravemente o bem jurídico protegido ou minimiza-se a consequência ou a posição valorativa do agente é menos censurável.⁶¹⁴

⁶¹² Art. 4º, caput e § 5º, da Lei 12.850/13.

⁶¹³ Neste sentido: LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 2.ed. SALVADOR: Juspodium, 2014, p. 528. Em sentido mais amplo, entendendo que se deve buscar o percentual mínimo da redução de pena por analogia em relação às outras formas de colaboração premiada (1/3): GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 261-262.

⁶¹⁴ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 428.

Destarte, a causa de redução prevista na Lei 12.850/13 é causa especial de diminuição de pena, que não está ligada diretamente ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, mas sim à posição valorativa do comportamento do agente no tocante ao fato criminoso, configurando uma das formas de arrependimento processual,⁶¹⁵ que torna menos censurável a conduta do agente em relação ao crime cometido.

Pelas características da colaboração premiada, a menor censurabilidade da conduta do agente beneficiado com o prêmio não está ligada necessariamente ao fato típico do crime ocorrido, podendo estar relacionada com a prática de um outro delito. Neste sentido, o colaborador pode prestar informações relevantes para a persecução de um outro crime praticado pela organização criminosa, sem que ele tenha praticado tal crime. Assim, poderá ser agraciado com a redução da pena por um crime por ele cometido, ainda que a colaboração por ele prestada esteja relacionada com outro delito. Esta característica diferencia por completo a redução da pena instituída pela nova lei das demais hipóteses de diminuição de pena previstas no Código Penal.

Parte da doutrina entende que a redução da pena não poderia ser concedida na fase de execução da sentença definitiva, sob pena de violação da coisa julgada.⁶¹⁶

Discordamos deste entendimento, uma vez que no país, em verdade, inexistente a coisa julgada formada contra o acusado, porquanto pode-se rediscutir, ainda que com algumas restrições, além da própria responsabilidade penal do imputado condenado definitivamente, a pena a ele cominada, sendo comum a redução de pena em sede de revisão criminal ou mesmo *habeas corpus*.

Aliás, como reconhece o Superior Tribunal de Justiça:

Nos termos do artigo 621 do CPP, malgrado não haja previsão de prazo decadencial para o exercício do direito de propositura do pleito revisional, admite-se o seu manejo tão somente quando restar comprovado que o decisum rescindendo foi proferido em contrariedade ao texto expresso da lei ou aos elementos de convicção constantes dos autos. Ainda, **é admissível a revisão de processos findos se demonstrado que a condenação se baseou em elemento probatório falso ou se surgirem novas provas da inocência do sentenciado ou circunstância que determine a redução de sua pena.** (grifo do autor)⁶¹⁷

⁶¹⁵ Para Busato e Bitencourt esta causa de diminuição de pena é procedimental e não se confunde com as demais causas de redução de pena (BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128).

⁶¹⁶ BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129/130.

⁶¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 250937/MG. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 16 jun. 2016. Disponível em: <

Desta forma, dada à amplitude da possibilidade de modificação do julgado por meio de instrumentos processuais específicos não se entrevê qualquer óbice à redução de pena por fato superveniente à condenação, tal como ocorre com a redução de pena pela superveniência de norma penal mais favorável do agente, que pode ser reconhecida, inclusive, pelo juízo das execuções criminais.

Em verdade, como observam Luis Flávio Gomes e Rodrigues Silva o legislador reconheceu o sistema de penas “relativamente indeterminadas” mencionado por Zaffaroni, permitindo sua modificação na fase de execução, alterando sua quantidade em razão da colaboração premiada, que “[...] constitui hipótese prática de sentença indeterminada, como fenômeno que abranda os rigores da prefixação invariável, contrários aos objetivos de Política Criminal e da reversão pessoal do delinquente.”⁶¹⁸

4.4.4 Prêmios relativos à execução da pena

Na experiência italiana, Carlo Riva entrevê o que denomina de “premialidade penitenciária” em três aspectos: a) premialidade de meio de gestão de cárcere, que corresponde a benefícios legais para o controle disciplinar dos presos; b) premialidade de reeducação social, para incentivar a ressocialização do detido, como, no caso brasileiro, as saídas temporárias; c) premialidade dos colaboradores da justiça, que traz aos colaboradores submetidos ao programa de proteção alguns benefícios penitenciários diversos da normativa comum dos demais presos.⁶¹⁹

Inserindo-se nesta premialidade penitenciária, a lei em estudo trouxe previsão, em relação à forma de execução da pena cominada ao colaborador, estabelecendo como um dos prêmios legais a ser usufruído pelo colaborador a substituição da pena privativa de

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60602011&num_registro=201201652920&data=20160616&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 21 set. 2016.

⁶¹⁸ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 272.

⁶¹⁹ RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei. In: MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia. *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*. Milano: Giuffrè / Iuscrim, 2000. p. 365.

liberdade por pena restritiva de direitos, ou ainda, a progressão de regime de cumprimento de pena.

É de se notar inicialmente que, pela exegese inicial do texto legal, não é possível a acumulação da substituição da pena restritiva de direitos e a progressão da pena, uma vez que a norma legal prevê de forma expressa a alternatividade destes prêmios, que são relacionados de forma específica à fase pós-processual.

A substituição da pena restritiva de direitos está prevista no art. 43 e 44 do Código Penal, trazendo ali alguns requisitos para a concessão pelo juiz quando da prolação de sentença condenatória.

Dentre estes requisitos há a exigência de que a pena máxima não seja superior a 4 anos de pena privativa de liberdade.

No entanto, pela interpretação sistemática da lei e a intenção do legislador, a substituição por pena restritiva de direitos prevista na Lei n. 12850/13 não obedece aos requisitos do art. 43 e 44 do Código Penal, sendo uma forma especial e *sui generis* de substituição de pena existente apenas para os colaboradores da justiça, integrando seu regime jurídico.

Isto porque, caso fosse a intenção do legislador não criar uma modalidade nova do benefício, a lei não indicaria como um dos prêmios legais esta substituição de pena, uma vez que já há a previsão expressa dos arts. 43 e 44 do Código Penal aplicável a qualquer condenação criminal; seria de todo despiciendo.

Em verdade, e considerando-se que a norma jurídica não tem palavras inúteis, a lei ao prever expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos acabou por demonstrar sua intenção em criar um regime diferenciado para os colaboradores como forma de atuação processual na luta contra o crime organizado. No mesmo sentido ocorre na Itália, em que há previsão de benefícios penitenciários aos colaboradores da Justiça.⁶²⁰

É de se ressaltar que a previsão de benefícios penitenciários é muito salutar, pois parte dos colaboradores da justiça, conforme indica a experiência italiana acabam por buscar a cooperação com a persecução penal quando já possuem sua situação jurídica já

⁶²⁰ Dentre estes benefícios, podem ser citados a possibilidade de obtenção de locais diferenciados para cumprimento de pena, facilidade para a obtenção de benefícios penitenciaros (BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 20).

definida,⁶²¹ isto é, com condenação criminal já definitiva, sendo, assim, uma forma muito eficiente de incentivar a colaboração.

Não obstante os requisitos de admissibilidade da substituição da pena privativa de liberdade devam ser superados em face à sua previsão como prêmio legal específico, a forma de execução e suas modalidades devem seguir o quanto estabelecido no Código Penal, pois não é dado ao Ministério Público poder discricionário para mudar a forma de execução ou criar novas modalidades de pena substitutiva, uma vez que isto depende de previsão legal expressa a qual não foi prevista.

Destarte, embora possa o Ministério Público oferecer a substituição de pena privativa de liberdade, ainda que ausentes os requisitos de admissibilidade do art. 44, I, II e III, do Código Penal, deverá ater-se na sua proposta às modalidades já existentes e previstas em lei (art. 43, do Código Penal) da substituição da pena e sua forma de execução (art. 44 e seguintes), sob pena de usurpação da competência constitucional do Poder Legislativo.

Já em relação ao prêmio relativo à progressão de regime de cumprimento de pena, o legislador deu uma discricionariedade maior ao *Parquet*, pois de forma expressa o autorizou a oferecer o prêmio de progressão sem os requisitos objetivos previstos de forma comum na lei penal, conforme aduz o art. 4º, parágrafo 5º, da Lei 12.850/13.

Assim, poderá afastar os lapsos temporais mínimos para a progressão de pena, inclusive de crimes hediondos, bem como poderá propor realizar a progressão *per saltum*, isto é o colaborador poderá ser transferido do regime fechado direto para o regime aberto, o que não é admitido para a execução penal comum.

Este regime distinto encontra amparo na necessidade de melhor individualizar o cumprimento de pena a quem colabora com o Estado e também na necessidade de proteger a integridade física e moral daqueles que se dissociam do crime organizado (art. 6º, VI, da Lei 12.850/13), que controla inclusive parte do sistema penitenciário, impondo-se a separação do colaborador dos demais membros da organização criminosa que estão presos.

⁶²¹ “Muitos condenados por assoaicação do tipo mafioso realizaram acordos permutando a prisão perpétua por penas de prisão até 30 anos, com direito a benefícios. Porém, se de um lado aumenta a possibilidade de acordos frutíferos, de outro aumenta proporcionalmente a previsão de acordos falsos ou não dotados de eficácia.” (SILVA, Eduardo Araujo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65).

É de se notar, todavia, que a lei fixa critério temporal para que o benefício da progressão especial de regime seja concedido, determinando que este prêmio somente será cabível em relação aos acordos formulados após a prolação de sentença; ou de outro modo, o *Parquet* não poderá oferecer este benefício para os acordos propostos na fase pré-processual ou antes da sentença condenatória.

Semelhantemente à substituição especial da pena privativa de liberdade, entendemos ser ilícito ao *Parquet* criar novas formas de execução de regime de cumprimento de pena, por desbordar do comando legal e importar em usurpação da atividade do Poder Legislativo.

A prisão domiciliar, atualmente ostenta a natureza de medida cautelar substitutiva da prisão preventiva (art. 318 do Código de Processo Penal)⁶²² ou forma de execução da pena em regime aberto (art. 117 da Lei das Execuções Penais).

Enquanto forma de cumprimento de pena prevista em lei, entendemos ser possível que o acordo de colaboração premiada possa prever a prisão domiciliar como forma de cumprimento de pena, uma vez que a prisão domiciliar é uma das formas de cumprimento de pena no regime aberto.

Assim, e ante o entendimento de que a Lei 12.850/13 concedeu aos colaboradores da Justiça acesso a todas as formas de execução pena menos gravosas, tal como a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e a progressão de regimes de cumprimento de pena sem os requisitos objetivos, não se entrevê qualquer óbice a que o acordo de colaboração premiada tenha a previsão do regime de cumprimento de pena em regime aberto, especificando que esta pena seja cumprida em prisão domiciliar, porquanto não se está a criar uma nova forma de modalidade de cumprimento de pena; está-se apenas alargando os requisitos de admissibilidade em decorrência do regime jurídico diferenciado dos colaboradores da Justiça.

Ademais, inexistindo na imensa maioria das cidades do país casa do albergado no qual o regime aberto de cumprimento de pena deveria ser cumprido (art. 93 da Lei das Execuções Criminais), tem-se que na prática, o regime aberto é cumprido na própria casa

⁶²² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 992.

do reeducando, com restrições apenas no recolhimento domiciliar noturno⁶²³, razão pela qual não há óbice a ter a prisão domiciliar como prêmio aos colaboradores da justiça.

⁶²³ Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a falta de infra-estrutura do sistema penitenciário, determinando que em ação de descumprimento de preceito fundamental que o juiz das execuções: “[...] havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal.Recurso Extraordinário 641.320/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes.Julgado em: 11 mai. 2016. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 12 set. 2016), dando ensejo este julgamento à Súmula Vinculante n. 56 do Supremo Tribunal Federal: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

5 CONSENSUALIDADE NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Considerando-se que uma das naturezas da colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13 é a de corresponder a uma das formas do exercício da ampla defesa pelo colaborador, e, ainda, que para este exercício deve ser realizado inicialmente por meio do acordo de colaboração premiada, impõe-se analisar a colaboração sob a ótica da consensualidade.

5.1 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E SEU AVANÇO NO PAÍS

A prestação jurisdicional é entregue aos cidadãos por meio de atividade judiciária regulada por lei, podendo ser classificada sob dois aspectos: a jurisdição voluntária e a jurisdição contenciosa. Aquela pode ser definida como a atividade jurisdicional voltada à pacificação de pessoas mediante a tutela a uma delas ou a ambas, em “[...] casos de conflitos postos diante do juiz sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra”,⁶²⁴ enquanto a jurisdição contenciosa é aquela que efetivamente compõe uma lide, na qual “[...] o conflito existente entre os sujeitos é posto diretamente diante do juiz e dele recebe solução favorável a um dos sujeitos e desfavorável ao outro.”⁶²⁵

Na esfera processual penal, interessa-nos a jurisdição contenciosa, na medida em que a imposição da pena criminal impõe nos países civilizados um justo processo, a fim de que a cominação das penas criminais seja legítima, como já abordado neste trabalho.⁶²⁶

Visando compor conflitos entre a pretensão punitiva estatal e a liberdade dos cidadãos, vem sendo consagrado movimento que se convencionou chamar de justiça consensual ou justiça negociada, pelo qual as noções de consenso e acordo são transpostas para o processo penal.⁶²⁷

Há distinção na doutrina acerca do termo “justiça consensual” e “justiça negociada” conforme o grau da força da vontade do acusado na discussão das condições do acordo, como pode ser exemplificado por Françoise Tulkens e Michel van de Kerchove,

⁶²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7 ed. rev. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 328-329

⁶²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7 ed. rev. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 325.

⁶²⁶ Item 3.6

⁶²⁷ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Penal Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 22.

para quem a primeira expressão é própria para designar negociações que se assemelhassem ao que ocorre em contratos de adesão, enquanto a segunda teria como objeto o sinalagma próprio dos contratos em geral.⁶²⁸ Vale assinalar que nesta classificação há evidente valorização do grau de relevância dado à manifestação das partes.⁶²⁹

Outros autores trazem à justiça negociada a nomenclatura simples de sistema consensual não punitivo em oposição ao sistema punitivo tradicional,⁶³⁰ prevalecendo nesta nomenclatura a ideia de oposição ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Adotaremos aqui a expressão justiça consensual para designar o fenômeno por atribuir maior realce ao encontro de vontades do qual resulta o acordo entre as partes, que prevalece sobre a efetiva negociação sobre cada termo do acordo por ser mais adequado ao quanto decorre do sistema instituído pela Lei 12.850/13.

É fato notório que a justiça consensual possui maior visibilidade e aplicação nos países da *common law*, em especial o Reino Unido e os Estados Unidos, países nos quais o *plea bargaining* triunfou sobre o julgamento de mérito pelo *jury*.⁶³¹

A ideia na qual se funda a justiça consensual é que as partes, acusador público e acusado, possam apresentar manifestações de vontade, que conduzam a resultados relativos à sanção penal, seja para a redução de reprimenda, seja para obter a imunidade ou até mesmo o não ajuizamento da ação penal.

Há prevalência neste sistema de justiça consensual da manifestação de vontade dos atores do processo sobre o interesse abstrato de punição decorrente da lei penal.

Tendo em vista que o pressuposto legitimador da jurisdição contenciosa no sistema da *civil law* sobreveio a partir de longa e lenta evolução sócio-política, sobretudo decorrente da experiência europeia continental, não é surpresa que a ideia de uma justiça

⁶²⁸ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Penal Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 23.

⁶²⁹ Em verdade, há nesta distinção expressa valorização da manifestação de vontade do acusado. Como esclarece Rosimeire Ventura Leite “A diferença entre consenso e negociação pode ser admitida no sentido desses termos representarem diferentes graus de autonomia de vontade conferida às partes. A negociação seria a forma mais extrema de solução consensual do processo. A justiça negociada, portanto, a nosso ver, expressa uma das manifestações do consenso no âmbito do processo penal, tendo no *plea bargain* americano o seu exemplo por excelência.”(LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Penal Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 24)

⁶³⁰ SILVA JUNIOR, Edson Miguel. Sistema Penal Consensual Não punitivo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 88, volume 762, abril/99, p. 506/511.

⁶³¹ De acordo com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos entre 90 e 95% dos casos analisados pelas Cortes Federais são resolvidos por meio do *plea bargain*. (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Bureau of Justice Assistance U.S. Department of Justice. Disponível em: <https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em 9 fev. 2015)

consensual vá de encontro aos fundamentos legitimadores do processo penal nesta cultura jurídica.

O conceito de acordo, no qual as partes decidem por meio de concessões recíprocas a aplicação ou não de uma pena criminal, viola, em regra, a consciência da doutrina dos países da *civil law*, nos quais a prática forense criminal está baseada na composição dos fatos criminosos por meio de uma decisão judicial precedida de um processo.

Não se pode, todavia, negar que, diante da burocratização da função judiciária, da hipercriminalização de condutas e dos interesses de cunho econômico na rapidez da resolução dos casos criminais, a justiça consensual possui muitas vantagens sobre a justiça contenciosa, dentre elas a rapidez do julgamento, a maior otimização dos recursos do Estado-acusador, a redução de pena para o imputado e o afastamento da publicidade negativa de um processo criminal.⁶³²

De modo contrário ao sistema da *commom law* em que há um exuberante predomínio da justiça consensual, esta ainda se desenvolve com mais vagar nos países que adotam o sistema da *civil law*, em especial, nos países da Europa continental, que vale lembrar trouxeram este sistema jurídico a suas colônias, o que influencia até hoje o sistema jurídico da América Latina e em especial o do Brasil.

Contudo, mesmo no sistema jurídico europeu refratário ao uso da justiça consensual, verifica-se desde o final do século XX uma maior influência da utilização de instrumentos processuais que passaram a estabelecer a negociação entre o órgão acusador e a defesa acerca tanto da pena a ser cominada quanto ao próprio rito a ser adotado, tendo em vista a clara influência trazida pelos benefícios do sistema da justiça consensual estadunidense.

De fato, o Comitê do Conselho de Ministros da Europa em 1987⁶³³ recomendou aos países membros da União Europeia a adotarem medidas que trouxessem mais rapidez aos processos criminais, incluindo medidas alternativas possíveis do reconhecimento da culpa, da transação penal e da suspensão do processo.⁶³⁴

⁶³² FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 195-196

⁶³³ UNIÃO EUROPÉIA. Conselho de ministros. Recomendação nº (87) 18, de 17 de setembro de 1987.

⁶³⁴ Mostra-se interessante a observação de Giacomolli de que a disseminação da justiça consensual na figura do *plea bargain* próprio do sistema americano para outros países do mundo pode ser explicada também como consequência da forte influência americana no século XX no sistema cultural, social e econômico mundial, o que conduziu também à sua influência no sistema jurídico de outros países (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 269).

Na Itália, houve o advento da reforma trazida pelo Código de Processo Penal de 1988 em contraposição ao Código Rocco, reforma esta que veio prestigiar o sistema acusatório em detrimento do código anterior de inspiração fascista e inquisitivo. Amodio afirma que a tradição europeia e os ensinamentos da *common law* fundem-se no novo sistema italiano inaugurado com o Código de 1988.⁶³⁵

A influência da *common law* é sentida em relação aos novos procedimentos trazidos ao processo penal italiano: a) o *giudizio abbreviato*, no qual há uma decisão na audiência preliminar a pedido do imputado, com a redução da pena em 1/3, caso ocorra a condenação, tratando-se de um *patteggiamento* (acordo) sobre o rito e não sobre a pena; b) *giudizio direttissimo*, no qual suprime-se a audiência preliminar, nos casos em que há confissão e prisão em flagrante, afastando-se a fase investigatória, encaminhando-se o processo diretamente para a fase de debates e julgamento; c) *giudizio immediato*, no qual há investigação, mas havendo prova suficiente e já tendo sido ouvido o imputado, podem as partes solicitar o encaminhamento do caso a julgamento; d) *applicazione dela pena a richiesta di parte*, na qual há o patteggiamento sobre a pena pelas partes, ficando afastada a fase de debates.⁶³⁶ Nesta reforma inseriu-se, assim, procedimentos simplificadores que abreviam os processos nos quais a justiça consensual foi prestigiada.

Na Alemanha foram instituídas a suspensão condicional do processo e a suspensão incondicional do processo como exceções ao dever de perseguir e acusar do Ministério Público, nos quais há acordo entre as partes sobre tais modalidades de suspensão.⁶³⁷

Pode ser lembrado ainda na Espanha o instituto da *conformidad*, na qual há a concordância do Ministério Público e do réu à submissão do acusado à pena mais grave a ele imputada.⁶³⁸

A justiça consensual recebe contundente crítica de parte da doutrina, assentando Ferrajoli que o sistema da justiça consensual americana representa “fonte inesgotável de arbítrios”, pois afasta a possibilidade de controle eficaz sobre favoritismos e induz a imputados inocentes declararem-se culpados para não enfrentarem os riscos do julgamento. Embora reconheça a eficiência do sistema, afirma que o preço pago é muito pesado por

⁶³⁵ AMODIO, Ennio. Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Milano: Giuffrè Editore, 1988, p. LIII.

⁶³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 82-83

⁶³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. A Suspensão do processo penal na Alemanha. Porto Alegre: *Revista da AJURIS*, v. 31, n. 96., dez 2004, p. 261-286

⁶³⁸ O instituto tem seu delineamento atual na *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

fortalecer discriminações contra imputados em decorrência de condições sociais e econômicas que acabam por renunciar a uma defesa adequada.⁶³⁹

Aury Lopes Junior endossa as críticas a este sistema, ponderando que a justiça consensual representa a “privatização” do processo penal, sustentando que o processo penal representa um sistema com categorias jurídicas próprias, sendo um dos pilares da função protetora do direito penal e processual penal “o monopólio legal e jurisdicional da violência repressiva, o que é afastado quando há imposição de pena decorrente de acordo formulado pelas partes”. Sustenta, ainda, que se viola o juízo contraditório e o princípio acusatório, assemelhando-se a justiça negociada mais às “práticas persuasórias permitidas pelo segredo e nas relações desiguais do sistema inquisitivo.”⁶⁴⁰

Ferrua critica a justiça consensual em razão da existência de muitos motivos para que o imputado aceite sem culpa um acordo de responsabilidade penal, tais como: os elevados honorários advocatícios, a busca pela rápida redução do sofrimento que um processo penal determina, a pequena confiança na Justiça, e, de forma, mais rara, a intenção de cobrir a responsabilidade de terceiro.⁶⁴¹

Reale Junior afirma que com a transação penal viola-se o devido processo legal, bem como a presunção de inocência, ante a antecipação de juízo de culpabilidade, ferindo-se o princípio *nulla poena sine iudicio*.⁶⁴²

Podemos identificar, assim, que a ideia de justiça negociada encontra resistência nos países dos sistemas do *non adversary system*, essencialmente em razão da suposta violação ao devido processo legal pela justiça consensual, e também porque afastar-se-ia do ideal da busca da verdade com violação, ainda, ao princípio do estado de inocência.

No tocante à arguição da violação ao princípio do *nulla poena sine iudicio*, responde Ventura Leite, que este princípio é válido quando há imposição de pena pelo Estado como ato coercitivo, fundado no conflito entre a pretensão acusatória e o interesse da defesa. Por outro lado, na transação, a pena é acordada pelas partes, além do

⁶³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. Trad. Fauzi Hassan Choukr. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 523/524

⁶⁴⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 996.

⁶⁴¹ FERRUA, Paolo. Il “giusto processo”. 3 ed. Bologna: Zanichelli editore, 2012, p. 26-27.

⁶⁴² REALE JUNIOR, Miguel. Pena sem processo In: PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (org). Juizados Especiais Criminais: Interpretação e Crítica. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27. Este princípio não poderia ser afastado, ainda, na visão de Teixeira Azevedo também porque a Constituição Federal não autorizaria a aplicação da pena criminal sem que houvesse a formação da culpa jurídico-penal. (AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a Lei 9.099/95. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 4, n. 16, out/dez, 1996, p. 133)

procedimento ser desenvolvido perante a autoridade judicial competente, o que atende às exigências constitucionais.⁶⁴³

Podemos acrescentar que quando a pena é acordada pelas partes, em especial pelo acusado, perde força a necessidade da instrução do processo para legitimar a pena e afastar o estado de inocência, uma vez que a legitimação da pena se encontra justamente na manifestação de vontade do próprio acusado.⁶⁴⁴

A crítica relativa à privatização da aplicação da pena, com renúncia do Poder Judiciário à efetiva condenação não pode ser acolhida. Ora, embora fundada em acordo das partes, a pena será aplicada e fiscalizada pelo próprio Poder Judiciário. Além disso, a maioria dos sistemas de justiça consensual admite algum grau de controle jurisdicional sobre os termos do *agreement*, e, assim, não se está afastando a intervenção obrigatória e necessária do Estado-Juiz sobre a aplicação da pena.⁶⁴⁵

Vale a ressalva de que parte da doutrina estadunidense entrevê no sistema de acordos penais daquele país os mesmos fundamentos da tortura medieval em face da ameaça do acusado para confessar e a ilusão dos mecanismos de proteção ao imputado⁶⁴⁶.

Note-se que nos instrumentos de justiça consensual há em alguma medida uma acusação, embora até mesmo informalmente,⁶⁴⁷ que é aceita pelo acusado e levada ao magistrado para sua homologação e efetiva aplicação da sanção penal. Além disso, mesmo no processo judicial contencioso, o réu sempre pode renunciar ao exercício dos direitos constitucionais, como a garantia constitucional contra a autoincriminação, ao admitir sua culpa por meio da confissão, que inegavelmente tem expressiva influência sobre a convicção do magistrado; em verdade, de forma geral, a confissão gera, com pequenas exceções, a condenação do agente, e, assim, equivale à própria aceitação da culpabilidade

⁶⁴³ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Penal Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 209.

⁶⁴⁴ Para Damaska o *guilty plea* insere-se no conceito ideológico do *laissez-faire* governamental, pelo qual os indivíduos podem por si mesmos decidir se irão para a prisão ou não. (DAMASKA, Mirjan R. *The face of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 113)

⁶⁴⁵ Ainda que inegavelmente seja reduzido o poder do magistrado acerca da base fática do caso.

⁶⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

⁶⁴⁷ Isto porque para que se possa perquirir sobre os benefícios leais é necessária uma adequação típica da conduta ainda que em mera cognição sumária, a fim de se analisar o cabimento dos benefícios legais. Neste sentido, anota Scarance sobre a proposta de transação da Lei 9.099/95 que: “Não se exige aprofundamento da investigação, por ser contra o espírito da nova lei, cuja finalidade é estabelecer rápida solução ao caso, evitando o processo e a acusação, mas, nos poucos elementos disponíveis e mencionados, deve ser possível vislumbrar a tipicidade do fato e a autoria possível ou provável.” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 136)

da justiça consensual.⁶⁴⁸ Ou seja, como pondera Scarance Fernandes, o acusado no processo penal contencioso sempre teve algum poder de disposição de garantias constitucionais, trazendo ainda os exemplos do acusado que deixa de produzir provas em seu favor ou a renúncia ao direito de recorrer de sentença condenatória.⁶⁴⁹

Se a finalidade do processo é a resolução do conflito de interesses, a verdade absoluta não é indispensável, pois pode haver decisões que elidam o conflito, embora firmadas em premissas falsas, decorrente da aceitação de culpa do imputado.⁶⁵⁰

E este sistema vai ao encontro do reconhecimento doutrinário do mito da verdade absoluta, que, por ter sido reconhecida como intangível, já não mais ocupa o aspecto central do processo penal como outrora ocupava;⁶⁵¹ assim, a verdade negociada, embora seja sempre recebida com reservas,⁶⁵² não pode simplesmente afastar, de per si, a legitimidade da justiça consensual. Além disso, nos sistemas de justiça consensual há a necessidade de que exista alguma justa causa baseada em elementos probatórios, e, assim, reduz-se os riscos de que a verdade consensual seja completamente desconectada da verdade real.⁶⁵³

Há, ainda, nítida e evidente vantagem para o acusado na justiça consensual, porquanto a admissão da culpa gera um resultado e pena já conhecidos e aceitos, afastando-se a incerteza e risco de se submeter ao arbítrio do magistrado na dosagem da pena, como ocorre no caso das confissões judiciais em processos contenciosos.

Entendemos não haver violação do princípio acusatório, pois, como resume Badaró: “o núcleo essencial do modelo acusatório é a separação das funções de acusar, defender e julgar em sujeitos distintos, com partes em igualdade de condições e um juiz imparcial para o caso.”, concluindo que:” No mais, o que se tem são características que variam de acordo com os lugares e momentos históricos em que tal sistema encontra

⁶⁴⁸ Vale ressaltar que a admissão de culpa não é inerente à justiça consensual, pois há instrumentos processuais que prescindem desta admissão de culpa, como é o caso da suspensão condicional do processo ou a transação penal em nosso ordenamento jurídico.

⁶⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 273.

⁶⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60

⁶⁵¹ Vide Item 6.1 *infra*.

⁶⁵² Uma vez que o acordo entre as partes não tem condição de mudar o *status* epistêmico de um enunciado no tocante à sua veracidade ou falsidade (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 1530

⁶⁵³ Para Zanoide de Moraes, a aplicação de pena na transação penal deverá estar revestida da justa causa, que corresponde à existência de elementos de informação suficientes para demonstrar a materialidade e autoria do delito, continuando a responder o Estado pelo ônus processual de provar a culpa do imputado (MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2010, p. 529).

aplicação.”.⁶⁵⁴ Ora, sendo a justiça consensual baseada justamente no acordo das duas partes principais (acusação e defesa), distintas do Estado-Juiz, que continua a manter sua independência e imparcialidade, está-se respeitando ao processo acusatório previsto constitucionalmente.

É certo que a efetiva igualdade de condições materiais e jurídicas para ambas as partes do processo acusatório, em especial para os acusados socialmente vulneráveis, ostenta inegável destaque na análise do tema, embora não o esgote. Para fins de se considerar válida a justiça consensual, esta igualdade de condições deve ser analisada sob o aspecto jurídico e não sobre o aspecto material, até porque caso analisada a questão sob este último aspecto poderíamos concluir que na maioria dos processos penais pátrios o princípio acusatório não estaria sendo respeitado dada às notórias dificuldades de ordem econômica e política da implantação de assistência judiciária aos hipossuficientes.⁶⁵⁵

Em verdade, filiamo-nos à corrente defendida por Scarance Fernandes, para quem a grande questão levantada pela justiça consensual é o limite à disposição das garantias constitucionais pelo acusado, limites estes que devem ser analisados pelo equilíbrio entre a eficiência do sistema de persecução penal e o garantismo. Em verdade, como consigna o ilustre professor, este equilíbrio é

[...] traduzido aqui na ponderação entre a necessidade de serem admitidas alternativas procedimentais simplificadoras que agilizem a justiça criminal e os limites possíveis de disposição, pelo acusado, do direito a um procedimento-modelo que, com suas fases essenciais, assegure a plena atuação de suas garantias constitucionais.⁶⁵⁶

Ainda que muito criticada, a justiça consensual vem ganhando influência crescente nos países da *civil law*, e com reforçada força em relação aos delitos de terrorismo e à criminalidade organizada, fenômenos que vem atormentando a paz mundial, e que geram o clamor social pela rapidez e eficiência dos sistemas judiciais de repressão.

⁶⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.

⁶⁵⁵ Exemplo disto é a notícia divulgada pelo Senado Federal acerca da deficiência da instalação da defensoria pública no país: “Levantamento inédito produzido pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) comprova a falta de defensores públicos em 72% das comarcas. Os dados mostram que a defensoria só está presente em 754 das 2.680 comarcas do país. O déficit total de defensores no Brasil é de 10.578 profissionais”(BRASIL. Senado da República. Jornal do Senado. Brasileiros ainda sofrem com a falta de defensores públicos. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/04/09/brasileiros-ainda-sofrem-com-a-falta-de-defensores-publicos>>. Acesso em 13 fev 2014.)

⁶⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 274.

Volvendo-se ao Brasil, a justiça consensual vem sendo valorizada gradualmente com a constatação da crise do sistema punitivo tradicional, que é caracterizada pelo elevado grau de impunidade de delitos cometidos em decorrência da ineficiência do aparato estatal de persecução penal,⁶⁵⁷ gerando descrédito da sociedade em relação ao Estado-juiz e, por consequência, do próprio Estado. Esta crise deve ser vista, ainda, sob a ótica da ineficiência dos órgãos de execução criminal em propiciar condições mínimas de dignidade aos condenados e presos provisórios, além da própria carência de vagas e elevados custos de manutenção dos estabelecimentos prisionais.⁶⁵⁸

Desta crise e seguindo-se a tendência de diversificar os tratamentos legais para a criminalidade leve e aquela mais grave, sobreveio a norma constitucional do art. 98, I, da Carta da República,⁶⁵⁹ que impôs a criação dos juizados especiais criminais com princípios próprios e diversos do processo penal tradicional, trazendo expressamente no texto constitucional a possibilidade da transação penal.

Dentre as várias inovações legais trazidas pelos juizados especiais criminais enfim criados pela Lei nº 9.099/95, como, por exemplo, a possibilidade do julgamento de recursos por turmas formadas por juízes de primeiro grau, sobressai a criação dos institutos da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo⁶⁶⁰ e a suspensão condicional da pena para delitos cominados com pena privativa de liberdade mínima inferior a um ano.

⁶⁵⁷ Scarance Fernandes anota, ainda, que: "Percebeu-se, principalmente pelos estudos de criminologia, que não tem ele condições de, com eficácia, dar vazão à intensa demanda da criminalidade, sendo assim utópica a idéia de que possa perseguir todos os infratores e puni-los adequadamente.", anotando o docente que a implantação da justiça consensual também encontra fundamento na valorização do papel da vítima no processo penal (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 210-212). No mesmo sentido, aponta Vivas que os ideais que pretendem perseguir e castigar todos os criminosos encontram-se feridos gravemente em sua pretenciosa onipotência, onipresença e oniciência quando comparados à realidade de que pouquíssimos crimes são punidos pelo aparato estatal, sendo utópica a idéia de que não ocorrerá a impunidade de delitos (VIVAS, Gustavo E. *La confesión transaccional y el juicio abreviado. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 4, 8A, p.497-526, 1998)

⁶⁵⁸ Pode-se discutir até mesma a efetiva existência da ressocialização da pena, que para Raúl Cervini: "[...] é uma utopia ou um eufemismo, uma ilusão enganosa, financeiramente irrealizável em todo o mundo [...]" (CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37)

⁶⁵⁹ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

⁶⁶⁰ Inicialmente caracterizados pelas contravenções penais e pelos delitos cuja pena privativa de liberdade máxima fosse inferior a um ano. Todavia, com o advento da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que regulava os juizados especiais criminais no âmbito da Justiça Federal, firmou-se entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o conceito destes crimes foi alterado, passando a ser considerado infração de menor potencial ofensivo aquelas cujas penas privativas de liberdade máximas não fossem superiores a dois anos. Posteriormente, a Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, estendeu expressamente este conceito para o âmbito da Justiça Estadual.

No tocante à transação penal, há a efetiva consensualidade, uma vez que o Ministério Público renuncia ao ajuizamento da ação penal, enquanto o acusado aceita a imediata aplicação de uma pena não privativa de liberdade, renunciando ao exercício de algumas das garantias constitucionais decorrente do devido processo legal e, assim, porque necessária a efetiva concordância das partes, pode-se afirmar ser este o paradigma inicial da justiça consensual no nosso ordenamento jurídico⁶⁶¹.

Prosseguindo-se na superveniência da consolidação da tendência legal, dentre os instrumentos de justiça consensual, caracterizada pela sua rapidez e eficiência notáveis, desponta a colaboração premiada, ora entendida como meio de obtenção de prova, ora como meio de defesa e sob este aspecto incluída no conceito de justiça consensual.⁶⁶²

Importa salientar, por oportuno, que a simples delação de corrêu não integra o conceito da justiça consensual, ainda que o agente espere receber alguma vantagem pela chamada do terceiro; o que faz a colaboração premiada integrar o sistema de justiça consensual é a negociação fundada no prêmio a ser recebido pelo delator por sua colaboração com a justiça, ou seja: a existência das concessões recíprocas das partes.

A renovação do interesse do tema adveio da regulação processual para o combate ao crime organizado pela Lei nº 12.850/13, que trouxe inovações relevantes e, sobretudo, uma necessária sistematização do instituto inexistente até então em nosso ordenamento jurídico, embora a figura da colaboração premiada já integrasse nosso ordenamento jurídico.

E com essa novel legislação sobreveio a introdução⁶⁶³ do procedimento do acordo de colaboração premiada,⁶⁶⁴ que gera reflexos penais ao imputado, caracterizando-o, assim, como instrumento de justiça consensual.

⁶⁶¹ Embora exista crítica da doutrina acerca desta afirmação, porquanto a própria proposta de transação penal já constituiria uma forma de persecução penal. Neste sentido, confira-se: KARAM, Maria Lucia. Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 95.

⁶⁶² Luiz Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva apresentam interessante classificação da justiça consensual, subdividindo-a em: a) justiça reparatória, relativa à conciliação e reparação de danos; b) justiça restaurativa, que é aquela efetivada por um mediador diverso do juiz togado para resolver o conflito; c) justiça negociada, representada pelo plea bargain; d) justiça colaborativa, na qual há premiação ao criminoso que colaborar com a justiça de forma consensual, na qual estaria inserida a colaboração premiada da Lei 12.850/13 (GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 218)

⁶⁶³ Ainda que possamos admitir que o acordo administrativo de leniência previsto na legislação de direito econômico possa trazer reflexos penais, tal observação não muda a constatação de que o acordo de colaboração processual trazido pela nova lei é o primeiro a ser previsto no âmbito processual penal. Especificamente no processo penal, a revogada Lei nº 10409/02 previa de forma genérica a possibilidade de sobrestamento provisório da ação e da possibilidade do Ministério Público deixar de propor ação penal contra autor ou partícipe do delito de tráfico de drogas. Não obstante a previsão legal, já revogada pela

A nova colaboração premiada insere-se como instrumento de justiça consensual justamente porque há negociação entre o Ministério Público e o imputado sobre a punição do agente, embora abrandada pelos prêmios legais ou até mesmo isentada-a, visando a atender algum interesse da persecução penal mais relevante no caso, como, por exemplo, a condenação de outros agentes criminosos mais perigosos, ou a recuperação de bens desviados ilicitamente.

O foco da justiça consensual recai sobre a negociação ou aceitação dos termos da pretensão punitiva entre defesa e órgão acusador, o que repercute no sistema da nova colaboração premiada, porquanto a instituição do instrumento processual depende inicialmente de uma negociação entre Estado-acusação e o acusado, embora não se esgote nesta, dado sua finalidade de meio de obtenção de prova com reflexos jurídico-processuais para terceiros.

A distinção mais marcante entre a Lei 9.099/95 e a Lei 12.850/13 é que a primeira insere-se na tendência da justiça consensual na abreviação e simplificação de procedimentos penais, instituindo em nosso ordenamento jurídico instrumentos processuais rápidos que despenalizam e afastam a pena privativa de liberdade por meio da justiça consensual; já à segunda, no tocante à colaboração premiada, inseriu-se de forma periférica no sistema de justiça consensual tão-somente para a aplicação de certos prêmios legais, havendo a marcante diferença de que o consenso das partes, de per si, não é base jurídica suficiente para a aplicação de pena privativa de liberdade, diferentemente do que ocorre com o sistema de justiça consensual tradicional; por esta razão não se pode reconhecer que o princípio do consenso foi integralmente acolhido pela Lei 12.850/13.

A Lei 12.850/13 é resultado da necessidade social de busca de maior eficiência da persecução penal contra o crime organizado e não em função da expansão da justiça consensual, embora por ela tenha sido influenciada. Por outro modo, não pode o diploma legal ser inserido como expansão da justiça consensual decorrente da simplificação de

nova Lei 11.343/06, o diploma legal não trazia qualquer informação sobre o procedimento da colaboração premiada, o que indica o ineditismo no país do modelo trazido pela Lei 12.850/13. De qualquer forma, o acordo previsto na anterior Lei de Drogas foi o precursor do acordo de colaboração premiada.

⁶⁶⁴ Art. 4º, §§ 6º e 7º: “§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.”.

procedimentos, pois não houve a simplificação dos procedimentos ordinários de imposição de pena decorrente da lei em estudo.

De qualquer modo, como afirmam Luiz Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva, com a Lei 12.850/13:

A justiça criminal brasileira mudará de paradigma (sai do modelo conflitivo para entrar de vez no modelo consensual, em todos os crimes, [...] surgindo um processo penal colaborativo movido pelos interesses das partes, de forma a se chegar o mais próximo possível da verdade (sabendo-se que a verdade real é uma utopia).⁶⁶⁵

A colaboração premiada inserida na justiça consensual ainda inicia seus passos, embora já exista a consolidação da justiça consensual em crimes de menor potencial ofensivo, que vige no país há mais de uma década. Tendo em vista que os iniciais fundamentos da justiça consensual consolidados pela Lei 12.850/13 decorrentes da colaboração premiada versam sobre crimes de extrema gravidade, temos que certamente a justiça consensual conquistará a adesão da comunidade jurídica e da sociedade por suas expressivas vantagens para o exercício de defesa e para a eficiência do sistema de justiça criminal, antevendo-se em um futuro próximo que a justiça consensual acabará por abranger também delitos de média gravidade, passando a vigorar em toda a persecução penal brasileira, como já ocorre com o sistema italiano, sempre mantidas salvaguardas próprias da cultura da *civil law*.

Portanto, dada à visibilidade que vem recebendo da comunidade jurídica e da sociedade como um todo, a colaboração premiada assume, pois, inegável contribuição para a disseminação da justiça consensual na persecução penal no país.

O próximo passo nesta tendência de o ordenamento processual pátrio incorporar com maior amplitude a justiça consensual pode ser vislumbrado no projeto de lei n. 8045/2010, que visa instituir o novo Código de Processo Penal. No projeto, ainda em tramitação, há a introdução de novo modelo processual, no qual a justiça consensual é prevista expressamente no procedimento sumário, que passa a admitir o acordo entre o Ministério Público e a defesa para aplicação imediata da pena para crimes apenados com até 8 anos de pena privativa de liberdade, desde que o agente confesse o delito, fixando-se a pena no mínimo legal (ou com redução de 1/3), renunciando as partes à dilação

⁶⁶⁵ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 238.

probatória,⁶⁶⁶ seguindo-se o padrão dos já mencionados procedimentos simplificadores do sistema italiano.

5.2 ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Como expressão da justiça consensual no ordenamento jurídico pátrio, desponta o acordo de colaboração premiada, importando a análise de sua natureza, pressupostos, requisitos e legitimados.

5.2.1 Indispensabilidade do acordo para a concessão dos prêmios legais

O acordo de colaboração premiada da lei 12.850/13, embora fundado em uma lógica premial própria instituída em face à persecução penal, também está assentado em uma lógica negocial, o que o distingue das demais formas de colaboração premiada anteriormente instituídas no país, uma vez que é justamente o acordo que vai regular e intermediar o comportamento positivo do imputado e o prêmio legal.

Ora, em assim sendo, pela lógica negocial trazida pela lei em relação à colaboração premiada, caso inexista de forma justificada a concordância do Estado-acusador com os benefícios legais, não estará firmado o indispensável consenso na instituição da colaboração premiada; por consequência, não poderá ser concedido ao imputado os prêmios legais da Lei 12.850/13, ainda que possa eventualmente apresentar algum elemento probatório em favor da persecução.

Discordamos, pois, do entendimento de Luiz Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva no sentido de que o acordo formal de colaboração premiada seria dispensável, dado que o único objetivo do acordo é a proteção do colaborador contra arbitrariedades e que por isso caso colabore eficazmente deve obter os prêmios da Lei 12.850/13.⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ Art. 283 do Projeto de lei 8045/2010. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em:< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1A9662E1BAE05DDC4223B2174B43B72C.proposicoesWeb1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em 24 set. 2016.)

⁶⁶⁷ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 286

Discordamos, ainda, de Bitencourt e Busato para quem o acordo de colaboração premiada não goza de qualquer autonomia, pois o juiz não está vinculado ao acordo e apenas a sentença é que gerará direito ou não aos prêmios legais,⁶⁶⁸ e de Pacelli, que também afirma ser dispensável a formalização do acordo para os prêmios legais.⁶⁶⁹

A lei ao estipular todo o procedimento de realização do acordo, com regras e limitações para as partes e para o próprio magistrado, acabou por erigir a constituição do acordo como pressuposto para os benefícios legais decorrentes da colaboração instituída pela Lei 12.850/13.⁶⁷⁰ Por outro lado, inexistente dispositivo legal dispensando o acordo de colaboração premiada como pressuposto da concessão do prêmio legal.

A finalidade teleológica da lei ao exigir o acordo de colaboração premiada é justamente garantir o equilíbrio entre a necessidade de uma persecução penal mais eficaz e a segurança necessária ao imputado-colaborador para que coopere com a persecução penal.

A hipótese do art. 4º, § 2º, da Lei 12.850/13 bem indica ser esta a intenção do legislador. Este dispositivo legal prevê uma hipótese de complemento ao acordo anteriormente formulada entre as partes, pois a lei afirma que, mesmo não constando da proposta inicial, os órgãos de persecução penal podem representar ao juiz pela concessão do maior benefício possível, a saber, o perdão judicial, a qualquer tempo. É dizer, a lei declara que já deve ter havido a anterior composição das partes, admitindo, contudo, a extensão dos prêmios anteriormente previstos para a concessão do perdão judicial. É despiciendo afirmar que não há necessidade do consenso expresso do colaborador, dado que, nesta hipótese, o consentimento deste é presumido uma vez que o prêmio corresponderá à extinção de sua punibilidade.

A exegese literal do art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/13 no tocante à possibilidade de o juiz conceder os benefícios legais *a requerimento das partes* deve ser entendido, em face à interpretação sistemática da lei como *requerimento conjunto das partes*, ou seja, apenas quando houver o consenso das partes entabulado no termo de colaboração premiada previsto no mesmo artigo de lei.

⁶⁶⁸ BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p.132/134.

⁶⁶⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ed. ver. e ampl. Atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 858.

⁶⁷⁰ Faz-se aqui a observação, como já exposto no capítulo dois que para as demais formas de colaboração premiada, será cabível a concessão dos benefícios previstos nos outros diplomas legais, para os quais não se exige o acordo de colaboração premiada, embora seja sempre aconselhável que seja este formulado para dar maior garantia às partes.

Dada à dialética do direito-dever, justamente por não ser um direito do acusado, não há o dever do Ministério Público em propor a ele o acordo de colaboração⁶⁷¹, não ostentando o potencial colaborador direito aos prêmios legais por mero expressão de sua vontade; depende do expreso acordo firmado com os órgãos de persecução penal e homologado previamente pelo juiz.

Neste sentido há razões, além das jurídicas, de ordem prática que indicam a necessidade de uma prévia avaliação e concordância do órgão de persecução penal com o acordo para que se possa atribuir ao imputado os benefícios legais.

Imagine-se que em um processo de apuração de crime de organização criminosa, logrou-se obter provas suficientes para a condenação do maior chefe da organização, estando ele no polo passivo da ação penal. Tendo em vista que o Ministério Público já obteve prova suficiente para condená-lo, houve a negação pelo *Parquet* de acordo de colaboração premiada com este chefe criminoso. Caso vingasse o entendimento de que o acordo de colaboração premiada é dispensável, sendo a concessão dos benefícios legais uma decorrência inexorável da colaboração do imputado, o mencionado chefe da organização poderia ser beneficiado com a redução de pena caso simplesmente indicasse o nome de um dos membros menos graduados da base da organização criminosa, uma vez que a indicação de outros membros da quadrilha é uma das hipóteses de colaboração eficaz. Assim, o chefe da organização, sem colaborar de forma efetiva para a persecução penal, receberia indevidamente o benefício em questão, violando a *mens legis* da estrutura normativa da colaboração premiada da Lei 12.850/13.

De outro lado, todo o procedimento trazido pela lei em questão ostenta um conteúdo garantista em relação também ao próprio delatado, pois a sequência de atos procedimentais, com a apresentação pelo colaborador por escrito de suas informações, com a presença de defensor do colaborador em todos os atos, com a exigência da homologação dos atos pelo juiz, visa em última análise afastar, ou ao menos diminuir, os riscos relativos às eventuais acusações falsas ao delatado.

Portanto, mostra-se indispensável que seja firmado o acordo de colaboração premiada para a concessão dos prêmios legais, sendo o acordo um instrumento de garantia de direitos para o colaborador e garantia da própria eficiência da persecução penal.

⁶⁷¹ No item 5.3 analisaremos com mais profundidade a discricionariedade do Ministério Público no acordo de colaboração premiada.

No mesmo sentido ocorre com o direito italiano, no qual o *verbale illustrativo* é pressuposto da adjudicação de todos os prêmios legais, o que é justificado por possuir dentre suas funções a de evitar declarações do colaborador sejam fracionadas e mudadas com o passar do tempo subordinadas ao aumento de concessão de benefícios jurídicos, buscando permitir um maior controle das declarações dos colaboradores da justiça, cristalizando o conteúdo da colaboração.⁶⁷²

Da mesma forma no Brasil, caso não se tenha como necessário o prévio acordo formalmente assinado com o Estado, propicia-se a elevação do risco de serem “inventadas” acusações falsas a qualquer tempo, uma vez que não haveria a “cristalização” da contribuição probatória do colaborador.

Decorre desta indispensabilidade do acordo, a consequência jurídica de que o magistrado está vinculado à concessão dos prêmios entabulados pelas partes, e, ainda, a constatação de que os prêmios não são comunicáveis a corréus, colaboradores ou não, pois somente podem ser concedidos os prêmios por meio do procedimento previsto em lei do acordo de colaboração premiada.

5.2.2 Natureza

O acordo de colaboração premiada vem previsto no parágrafo 6º, do art. 4º da Lei 12.850/13 e visa formalizar direitos e deveres consentidos pelas partes no tocante à forma e consequências para o processo penal (ou investigação criminal) relacionado ao crime de organização criminosa e outros delitos conexos.

Inicialmente, vale observar que o negócio jurídico, que pode configurar categoria (fato jurídico abstrato) ou fato (fato jurídico concreto), pode ser definido, em sua acepção concreta, como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.⁶⁷³

⁶⁷² DE PASCALIS, Paola. Il problema della disciplina del verbale illustrativo in rapporto alla figura dei testimoni di giustizia - art. 16-quater d.l. 15 gennaio 1991, n.8 [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 47, n. 4, p. 1266-1278, out./dez. 2004, p. 1268-1269.

⁶⁷³ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei no 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-16

Embora parte da doutrina, como Mendroni, entenda que não se trata de um acordo em razão da necessidade da decisão de uma terceira parte para vigorar, no caso o magistrado,⁶⁷⁴ entendemos que o acordo de colaboração premiada ostenta a natureza jurídica de uma transação, que é uma das espécies de negócio jurídico.

De fato, sendo a transação um “[...] negócio jurídico bilateral, cuja finalidade se volta à prevenção ou extinção de uma incerteza obrigacional”, ou seja, “de uma controvérsia, uma dúvida que tenham as partes vinculadas a uma obrigação, que elas solucionam mediante concessões recíprocas, mútuas.”,⁶⁷⁵ importa concluirmos que este acordo, espécie de negócio jurídico processual⁶⁷⁶ se trata de uma transação, uma vez que preenche os requisitos consagrados pela doutrina civilista acerca deste instituto, previsto no art. 840 do Novo Código Civil,⁶⁷⁷ a saber: a reciprocidade das concessões, extinção ou prevenção de litígios, declaração bilateral de vontades e incerteza do direito dos transatores.⁶⁷⁸

A incerteza inicial dos transatores reside na impossibilidade de qualquer uma das partes prever com exatidão o resultado do processo criminal, entendido inclusive quanto à sua fase executória. Isto porque, ainda que possuam provas sólidas no sentido de suas pretensões (acusatória ou defensiva), no decorrer da instrução fatos imprevisíveis podem

⁶⁷⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 6ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 151. No mesmo sentido alinha-se Greco Filho ao afirmar que o acordo da colaboração premiada é mera proposta em razão de ser necessária sua submissão ao juiz da causa (GRECO FILHO, Vicente. Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40-41).

⁶⁷⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Da transação. In: PELUSO, Cesar (coord). Código Civil Comentado. Barueri: Manole, 2007, p. 710/711

⁶⁷⁶ Para Otávio Luiz Rodrigues Junior: “é possível definir *negócio-jurídico processual* como uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo, de que é exemplo, no processo civil, a transação em juízo”(RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. Revista Jurídica, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004, p. 5). Vale aqui o registro de que a existência de negócio jurídico processual não é consenso na doutrina, pois como advertem Grinover, Scarance e Magalhaes: “Há na doutrina forte tendência a negar a existência dos negócios jurídicos processuais; a alegação é a de que a vontade dos sujeitos processuais não determina os efeitos do ato que praticam (os atos processuais são voluntários, mas apenas no sentido de que sua celebração depende da vontade; o sujeito processual limita-se a escolher entre praticar ou não o ato, não lhe deixando a lei margem de discricionariedade na escolha dos efeitos do ato)”(GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 332). Contudo, tendo em vista que no caso da colaboração premiada há discricionariedade relevante na escolha dos efeitos do acordo de colaboração premiada, podendo as partes escolher, inclusive, quais efeitos em relação ao processo e em relação ao direito de punir do Estado decorrerão do acordo, entendemos caracterizado que o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual.

⁶⁷⁷ Art. 804 do Novo Código Civil: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.”

⁶⁷⁸ Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. III, 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 273.

ocorrer, como o falecimento de testemunhas presenciais, desaparecimento de documentos por um incêndio, reconhecimento de nulidades que não eram aventadas, mudança legislativa que acarrete restrição à atividade processual das partes ou ainda a própria subjetividade do magistrado ao analisar e valorar a prova produzida. Assim, pode-se afirmar que há efetiva incerteza das partes seja durante as investigações, seja no decorrer do processo, sobre o resultado final da pretensão punitiva.

Mesmo após o trânsito em julgado do processo a incerteza ainda perdura quanto a situação do condenado no tocante aos benefícios próprios da execução criminal, tais como progressões de regime de cumprimento de pena, a concessão de indultos, dentre outros, sem se esquecer, ainda, da possibilidade de até mesmo a condenação ser modificada em sede de revisão criminal. Ou seja, há incerteza das partes em qualquer fase do processo, preenchendo o acordo de colaboração este requisito do direito privado⁶⁷⁹.

A reciprocidade das concessões das partes pode ser reconhecida, porquanto, de um lado, o Ministério Público renuncia ao máximo da pena que poderia obter contra o acusado, ou até mesmo da própria imposição de pena, enquanto do outro lado, o réu renuncia ao direito de produzir provas de sua inocência e do seu direito ao silêncio, estando, assim, caracterizado o sinalagma próprio do contrato de transação.

O liame que vincula o imputado ao Estado, na figura do Ministério Público, surge de um ilícito penal⁶⁸⁰ do qual decorre *ex lege* uma obrigação de natureza processual decorrente da atuação estatal na repressão do delito ocorrido; desta coativa submissão legal, fundada em direitos assecuratórios da atividade processual de defesa, decorre a possibilidade da reciprocidade das concessões próprias da transação.

Podemos concluir, pois, que o acordo de colaboração premiada ostenta a natureza jurídica de uma transação e por ser realizada para produzir efeitos em um processo penal, ostenta a natureza de transação processual penal.

⁶⁷⁹ Note-se que “A incerteza de uma relação jurídica (*res dubia*) e a eliminação contratual de tal incerteza mediante concessões recíprocas são, juntamente com os requisitos inerentes ao negócio jurídico em geral, os elementos constitutivos da transação”(BARROS, Maria Ester V. Arroyo Monteiro de. Da Transação. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Vol. VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 521

⁶⁸⁰ Como assentam Pelegrini Grinover, Scarance Fernandes e Araujo Cintra: “[...]o ilícito penal não difere em substância do ilícito civil, sendo diferente apenas a sanção que os caracteriza; a ilicitude penal é, ordinariamente, mero agravamento de uma preexistente ilicitude civil, destinado a reforçar as consequências da violação de dados valores, que o Estado faz especial empenho em preservar.”(GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 138)

5.2.3 Pressupostos

Os pressupostos do acordo de colaboração premiada podem ser extraídos do art. 4º, parágrafo 7º, da Lei 12.850/13, nos quais são descritas a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do acordo de colaboração como pressupostos para que o magistrado o homologue, razão pela qual se impõe definir os mencionados conceitos.

Embora os termos regularidade no âmbito jurídico-processual e legalidade possam ser usados como sinônimos, pois um dos sentidos da palavra regular é justamente a conformidade com as leis,⁶⁸¹ é de se reconhecer que a lei não possui palavras inúteis, como decorre de conhecido princípio de hermenêutica, importando distinguir os dois conceitos.

Regularidade na seara processual penal é palavra adstrita à teoria das nulidades dos atos processuais, sendo usada pela doutrina, por meio de seu antônimo irregularidade, para indicar a atipicidade do ato processual que não impede o ato de produzir seus efeitos processuais⁶⁸² ou apenas para indicar a desconformidade do ato à forma legal (tipicidade processual).⁶⁸³

Tendo em vista que estas distinções não satisfazem ao conteúdo do termo regularidade em relação ao negócio jurídico do acordo de colaboração premiada, impõe-se analisar este conceito em função das peculiaridades do instituto e da intenção do legislador.

Os negócios jurídicos ostentam pressupostos: a) de existência; b) de validade, a fim de se verificar se estão preenchidos os requisitos legais e se ocorre alguma nulidade ou anulabilidade do ato; c) de eficácia, que se refere se o negócio é eficaz e está apto a produzir efeitos jurídicos.⁶⁸⁴

⁶⁸¹ HOUAISS, Antonio. Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=regular>>. Acesso em 3 ago. 2016.

⁶⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. 3ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 784

⁶⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 339. Os autores mencionados definem as nulidades como espécies de irregularidades, classificando-as em irregularidades com efeitos extraprocessuais ou irrelevantes, nulidades e atos inexistentes.

⁶⁸⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei no 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23-64

Os pressupostos de existência estão relacionados ao preenchimento dos elementos gerais do negócio jurídico: a) intrínsecos do negócio jurídico, que são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais; b) extrínsecos, que são o agente, o lugar e o tempo do negócio.⁶⁸⁵

Ao fazer a lei distinção entre regularidade e legalidade, que possuem neste âmbito conceitos próprios, entendemos que o termo “regularidade” trazido com a lei está ligado ao preenchimento dos pressupostos de existência do negócio jurídico, que ostenta conceito atinente à aspectos formais do acordo de colaboração premiada.

Assim, é pressuposto de existência do acordo de colaboração premiada, que os agentes sejam capazes, isto é, que o pretendente a colaborador seja imputável, bem como que os representantes do Estado, o representante do Ministério Público (ou a autoridade policial) estejam regularmente investidos em suas funções públicas. É, ainda, pressuposto de existência, a observância da forma escrita, além do objeto relativo à colaboração premiada do imputado, que deve estar relacionado a uma persecução de crime que admita a colaboração premiada.

É de se notar que a teoria dos atos inexistentes funda-se na constatação de que os atos jurídicos que não ostentam elementos essenciais de existência⁶⁸⁶ são considerados não-atos, “em relação aos quais não se cogita de invalidação, pois a existência é um problema que antecede à questão da validade.”,⁶⁸⁷ sendo certo, ainda, que na profícua observação de Tourinho Filho “[...] quando se fala em inexistência do ato, a doutrina quer referir-se não à ausência material do ato, mas àquele ato que, embora tenha existência material, é totalmente desprovido de qualquer significado jurídico.”⁶⁸⁸

Guilherme Nucci entende que o termo regularidade restringe-se à análise do preenchimento dos requisitos do termo de colaboração premiada previstos no art. 6º da Lei 12.850/13, enquanto a legalidade seria atinente ao controle dos termos do art. 4º da Lei n. 12.850/13.⁶⁸⁹ Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal considerou em recente julgado

⁶⁸⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei no 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31-40

⁶⁸⁶ Como é o caso clássico do exemplo do escrivão que profere uma sentença judicial.

⁶⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 788

⁶⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 534

⁶⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

que os elementos de existência do acordo de colaboração premiada estariam fundados no art. 6o da Lei 12.850/13.⁶⁹⁰

No entanto, divergimos destes entendimentos, pois a existência precede ao plano da validade, como acima exposto. Assim, a falta de um dos requisitos do art. 6o da Lei 12.850/13, com exceção por óbvio das assinaturas das partes, no termo de colaboração premiada não atinge o plano de existência do acordo, mas sim sua validade, isto é, sua capacidade de gerar efeitos jurídicos. A ausência destes requisitos não traz ao pretense acordo a configuração de um não-ato; gera apenas sua nulidade.

Neste passo, entendemos que a verificação da legalidade do acordo atinge ao plano da validade do negócio jurídico. Por outro lado, a legalidade exigida está jungida aos pressupostos de validade do negócio jurídico, ou seja, ao seu aspecto material, pois válido é o adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas.⁶⁹¹

Na esteira do pressuposto da validade do acordo de colaboração premiada, deverá ser analisado o preenchimento dos requisitos do art. 6o da Lei 12.850/13, com exceção das assinaturas que concernem ao plano da existência, e das demais previsões legais relativas ao tempo, modo, e do âmbito material dos prêmios legais previstos no art. 4º, da lei em estudo, ou seja, para que tenha todos seus efeitos jurídicos e possa ser homologado judicialmente.

Sob o aspecto da validade, deverão ser analisados se todos os requisitos formais acerca do art. 6o, da Lei 12.850/13, a saber, o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família.

Além disso, deve estar descrito no acordo de colaboração a qual das hipóteses do art. 4o da Lei 12.850/13 que a contribuição do colaborador visará atingir, a fim de que esteja sendo atendido o requisito legal, ou seja, conforme Luis Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva deve haver a indicação da “aptidão eficaz” da contribuição

⁶⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 27 ago. 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

⁶⁹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei no 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23-64

probatória do colaborador, isto é a capacidade de colaboração trazer resultados concretos futuramente.⁶⁹²

Embora não previsto expressamente na lei, insere-se no aspecto da legalidade também à análise das atribuições do membro do *Parquet* para firmar aquele acordo de colaboração. Em verdade, um Procurador da República, membro do Ministério Público Federal, não poderá atuar em crime cuja atribuição seja exclusiva do Promotor de Justiça, membro do Ministério Público Estadual, com exceção das hipóteses de conexão entre os delitos apurados perante a Justiça Federal e Justiça Estadual, dado que a conexão é uma das causas de modificação de competência jurisdicional, com reflexos sobre as atribuições dos membros do *Parquet*.

Incluimos aqui também como pressuposto de validade do acordo a aquiescência do Ministério Público ao acordo formulado pela autoridade policial e aceito pelo investigado, uma vez que sem esta aquiescência, o acordo não gera nenhum efeito para quem será o responsável pela ação penal, pois dele discordou, ficando afastado, assim, a manifestação de vontade de um dos sujeitos do processo penal, e, por consequência, falta um dos pressupostos do acordo, que é, repita-se, fundado à luz da justiça consensual. Ausente a aquiescência ministerial, o juiz deve rejeitar o acordo formulado pela ausência de um dos pressupostos legais.

Passemos à voluntariedade.

Um dos outros pressupostos de validade do acordo de colaboração premiada é a voluntariedade do agente, que é inerente a qualquer ato de expressão de vontade, sendo despicienda a previsão legal. Contudo, a previsão legal expressa do pressuposto possui um conteúdo de natureza política, visando ressaltar aos operadores do direito a extrema cautela com que deve ser analisada a forma e o conteúdo com que a manifestação de vontade foi emitida.

O acordo de colaboração premiada deve ser efetuado mediante a manifestação de vontade, que deve ser bilateral e voluntária, não podendo ser exigida por nenhuma das partes, residindo neste encontro de vontades um dos pressupostos essenciais à formação válida deste negócio jurídico.

⁶⁹² GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 243.

Diversamente do que ocorre com alguns diplomas legais no tocante à colaboração premiada,⁶⁹³ a Lei 12.850/13 exige voluntariedade e não a espontaneidade.

Note-se que:

A espontaneidade do comportamento pressupõe uma decisão autônoma, sem interferência decisiva externa; é o produto do conhecimento das circunstâncias da ação e das consequências dela no plano jurídico, natural e moral sem qualquer ação persuasiva ou coativa. Já a voluntariedade do comportamento implica uma decisão livre, em maior ou menor grau, a partir da adesão do sujeito a fins práticos e morais ainda que influenciado por fatores ou motivos externos.⁶⁹⁴

Ora, em assim sendo, não há qualquer vício no fato do órgão acusador ou o delegado de polícia procurarem pelo imputado para oferecer-lhe uma proposta de acordo de colaboração premiada. Embora não seja espontâneo, o acordo ainda assim será voluntário, atendendo a *mens legis*.

Vale aqui registrar a objeção de parte da doutrina no tocante à voluntariedade da transação penal em geral, por entendermos que tais argumentos podem ser usados razoavelmente para impugnar a voluntariedade da colaboração premiada.

Afirma-se que o suposto autor do fato criminoso, em razão de estar ameaçado pela deflagração de uma ação penal, não poderia emitir uma declaração de vontade livre, dada a esta efetiva desigualdade de posições entre o órgão acusador e o réu.⁶⁹⁵ Embora seja inegável que o investigado ou o réu sofra a ameaça do devido processo legal, esta ameaça é lícita, e, portanto fica afastada a alegação da coação⁶⁹⁶

Em verdade, não obstante o risco do processo judicial, o imputado ostenta a liberdade jurídica de negar-se a efetivar a transação com o órgão do Ministério Público, sem que isto possa processualmente acarretar-lhe qualquer prejuízo; a lei exige tão-somente a voluntariedade da manifestação de vontade.

⁶⁹³ Por exemplo as Leis n. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional) e 8.137/90 (que trata dos crimes contra a ordem tributária) exigem no tocante à colaboração a espontaneidade do agente e não a mera voluntariedade, não sendo possível nestes subsistemas jurídicos, em princípio, que os agentes sejam estimulados a colaborar com a Justiça.

⁶⁹⁴ AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 22, n. 265, p.4-5, dez. 2014.

⁶⁹⁵ Neste sentido é a posição, por exemplo, Sérgio Salomão Shecaira. (Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei 9.099/95. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coord.). *Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 323)

⁶⁹⁶ Conforme reconhece o próprio art. 153 do Novo Código Civil pelo qual: “Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.”

Por não haver melhor disciplina jurídica-processual penal, é possível o reconhecimento da incidência da teoria dos vícios de consentimento do direito privado no âmbito deste acordo, ante a lacuna legal, que deve ser suprida pelo intérprete por meio do método de auto-integração do direito aludido por Norberto Bobbio⁶⁹⁷ consistente na analogia das normas civis, o que é secundado pelo art. 3º do Código de Processo Penal.

Respeitadas algumas adaptações decorrentes do regime de direito processual, em especial sobre os efeitos dos vícios (nulidades), o acordo de colaboração premiada sujeita-se aos vícios de consentimento previstos na lei civil, dado que tais vícios⁶⁹⁸ são inerentes a qualquer espécie de acordo de vontades; desta maneira, o erro do colaborador sobre fato essencial do negócio jurídico, o dolo de alguma das partes ou a coação sobre algumas das partes, viciam o acordo de colaboração processual, tornando-o nulo.⁶⁹⁹

De outro modo: se houver uma coação direta e específica sobre o acusado ou investigado para que ele concorde com o acordo em questão, como no caso de tortura física ou psicológica, haverá clara nulidade do acordo, que não poderá surtir qualquer efeito. No mesmo sentido, sendo demonstrada a compreensão errônea do delator acerca da natureza jurídica e principalmente das consequências advindas do acordo de colaboração, o acordo não poderá ser homologado pelo magistrado competente e, se o for, poderá ser impugnado perante a superior instância.

A aplicação da teoria dos vícios de consentimento ao tal acordo é evidenciada pela própria exigência legal de que o magistrado antes de homologar o acordo em questão verifique essencialmente a manifestação de vontade do delator, ouvindo-o se necessário para certificar-se que sua manifestação de vontade foi livre e consciente, sob pena do magistrado recusar validade ao acordo.

É de se notar que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconhece que a voluntariedade do acusado em um acordo na justiça criminal é verificada essencialmente

⁶⁹⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução: Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 146-147

⁶⁹⁸ O defeito dos negócios jurídicos relativos à lesão ou estado de perigo previstos nos arts. 156 e 157 do Novo Código Civil não se aplicam ao acordo de colaboração premiada. Isto porque, em se tratando de persecução penal na qual a liberdade do agente está envolvida, decorre da própria natureza do âmbito normativo no qual o acordo estará sendo realizado a existência de risco de perigo à sua liberdade ou patrimônio (afastando o estado de perigo) e a necessidade do agente em tentar defender-se de uma pena criminal (afastando a lesão). Vale aqui ressaltar que a desproporcionalidade das concessões realizadas entre as partes deve ser analisada sob o prisma constitucional do princípio da proporcionalidade decorrente da garantia constitucional do devido processo legal.

⁶⁹⁹ E não anulável como o é no regime de direito civil, dado ao regime de nulidades previsto no ordenamento processual penal.

por meio do acusado ter conhecimento e consciência das consequências diretas do *guilty plea*, não pode ser induzido por ameaças ou por falsas promessas e, ainda, por impróprios relacionamentos com o promotor (exigência de propina),⁷⁰⁰, sendo certo que tais requisitos podem naturalmente ser transplantados para o nosso ordenamento jurídico.

Assim, o acusado deve estar bem ciente das consequências legais do acordo que esta firmando com o Estado, não podendo ser induzido a erro jurídico ou de fato por meio de promessas falsas, ou, ainda, por ameaça à sua integridade física; caracterizada qualquer destas circunstâncias, o acordo deve ser declarado nulo, com a apuração da responsabilidade dos agentes do Estado pela ilícita conduta.

Cumpra salientar que, em relação à sistemática americana, aponta a doutrina que é comum ao *prosecutor* apresentar horizontal *overcharges*, isto é, apresentar acusação “carregando” de forma indevida o número de infrações penais que teriam sido cometidas pelo réu, ou, ainda, apresentar *vertical overcharges*, isto é acusações mais graves que as devidas, visando, para tanto, coagir o possível colaborador a aceitar o acordo proposto pela acusação, gerando um significado emocional desta imputação excessiva que pode conduzir à aceitação do acordo.⁷⁰¹

Tais comportamentos que implicam no excesso de acusação, indicam a má-fé do órgão acusador, e, por conseguinte, do próprio Estado, o que viola tanto a moralidade constitucional própria da Administração Pública, quanto o dever de boa-fé dos contratantes (art. 422 do Código Civil), impondo-se, diante da violação legal, permitir a anulação do acordo de colaboração premiada, por viciar a vontade do imputado em decorrência do erro a que foi submetido. Aqui se faz sentir o gravoso papel que a defesa deverá exercer para manter o equilíbrio da dinâmica do acordo, opondo-se, inclusive nesta fase preliminar, em relação a tais excessos de acusação.

A voluntariedade, portanto, decorre da livre manifestação de vontade do imputado, isto é, sem qualquer coação moral ou física, e, ainda, da correta compreensão dos fatos e das consequências jurídicas do acordo, de forma a afastar a possibilidade de engano do imputado na transação que gerará algum tipo de restrição à sua liberdade.

⁷⁰⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Suprema Corte. Case: Brady v. United States, 397 U.S. 742, 748 (1970). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁷⁰¹ DEGANELLO, M; GASPARINI, A.; MOLLO, M.; ROSSETO, G. *Il processo penale statunitense*: soggetti ed atti. Torino: G Giappichelli editore, 1994, p. 45-46

Ainda que efetivamente ocorra a prevalência da vontade de uma das partes na celebração das cláusulas, no caso do Estado (representado pelo *Parquet* ou pela autoridade policial), a manifestação de vontade do potencial colaborador pode corresponder àquela prevista nos contratos de adesão,⁷⁰² uma vez que a liberdade de contratar as cláusulas acaba sendo muito limitada. No entanto, esta manifestação de vontade em bloco não inquina sua voluntariedade, embora seja uma das razões legitimadoras para que se exija a homologação judicial a fim de afastar cláusulas abusivas e ilegais.

No item seguinte analisaremos a relação entre a prisão cautelar e a voluntariedade do colaborador.

Para cumprir o pressuposto de eficácia do negócio jurídico, deverá o acordo ser homologado judicialmente, isto é, sem a homologação judicial, o acordo será existente e válido, mas não produzirá seus efeitos jurídicos, constituindo a homologação judicial como fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração.⁷⁰³

A circunstância do acordo firmado entre o Ministério Público e o acusado depender da homologação judicial para surtir efeitos não altera a essência da transação, assemelhando-se, em verdade, a uma condição suspensiva de direito civil, pela qual a eficácia do ato fica sujeita a um evento incerto e determinado. A teor do art. 125 do Novo Código Civil a eficácia do negócio jurídico pode subordinar-se à condição suspensiva e enquanto esta não se verificar o direito visado não terá sido adquirido, ou seja, a condição suspensiva impede a aquisição do direito decorrente do negócio jurídico.⁷⁰⁴

Da mesma forma, o art. 4º, § 8º, da Lei 12.850/13, determina que o juiz poderá recusar a homologação do acordo, circunstância esta que afasta a eficácia do negócio jurídico. Além disso, a eficácia do acordo de colaboração, ao menos em relação aos benefícios dele decorrente para o colaborador, sujeita-se à efetiva prestação pelo

⁷⁰² Nestes contratos a característica fundamental é o estabelecimento unilateral das cláusulas por uma das partes, com a eliminação ou redução muito grande da possibilidade da outra parte influenciar na elaboração das cláusulas, “sendo que o consentimento do outro contratante será a própria adesão em bloco: take it or leave it.”(ROSENVALD, Nelson. Comentário ao art. 423 do Novo Código Civil. In: PELUSO, Cesar (coord). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007, p. 316).

⁷⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 27 ago. 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

⁷⁰⁴ Nestor Duarte assenta que: “Não obstante impediendo da aquisição do direito até seu implemento, uma vez verificada a condição, considera-se o direito existente desde a celebração do negócio, se inter vivos” (DUARTE, Nestor. Comentário ao art. 125 do Novo Código Civil. In: PELUSO, Cesar (coord). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007p. 93.

colaborador das informações que possua e que tenha se obrigado a prestar às autoridades da persecução penal.

5.2.3.1 *Voluntariedade e prisão processual*

Para a análise da relação entre a prisão processual e a voluntariedade da colaboração, teceremos rápidas considerações introdutórias sobre a prisão cautelar.

A prisão no sistema processual brasileiro pode ser classificada de acordo com sua natureza: prisão decorrente de sentença condenatória transitado em julgado (prisão-pena) ou prisão processual (prisão sem pena),⁷⁰⁵ sendo estas classificadas atualmente em prisão temporária, prisão preventiva e prisão em flagrante.

A prisão processual, que não decorre de uma condenação criminal, insere-se no conceito de medidas cautelares,⁷⁰⁶ que, na técnica processual, constitui instrumento para a superação do risco de que o tempo e o estado das coisas tenham-se modificado durante a marcha processual de tal forma, que tornem ineficaz a intervenção estatal para a solução do conflito; os objetivos, pois, das medidas cautelares são assegurar os meios para que a decisão judicial definitiva seja alcançada, e de forma eficaz.⁷⁰⁷

As medidas cautelares ostentam características específicas à sua natureza, podendo ser citadas sua instrumentalidade hipotética, isto é, será ela um instrumento para assegurar o resultado de uma previsível condenação; acessoriedade, ou seja, a medida não é um fim em si mesma; preventividade, ou seja, tem a função de evitar que um dano irreparável ou de difícil reparação aconteça; provisoriedade, pois a medida cautelar terá seus efeitos vigentes até a superveniência do provimento jurisdicional final; sumariedade, pois a medida cautelar está fundada em juízo sumário, e não em um juízo de certeza; referibilidade, isto é, a tutela cautelar deve estar ligada a uma situação concreta de direito material; proporcionalidade, pelo qual a medida cautelar deve ser proporcional à restrição aplicável quando do provimento final.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 647-648.

⁷⁰⁶ As medidas cautelares podem ser pessoais ou reais, subdividindo-se as medidas pessoais em prisão cautelar e medidas diversas da prisão, como se depreende dos art. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

⁷⁰⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: Og Fernandes (org). Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas, comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2011, p. 16.

⁷⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais,

O princípio constitucional da presunção de inocência impõe que todas as medidas cautelares que tolham a liberdade do indivíduo em matéria processual penal não possam antecipar a pena, pois somente a partir da condenação judicial definitiva ficará afastada tal presunção, sendo possível a aplicação da pena relativa à liberdade do agente.

Além disso, como decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, dentre outros, e expressamente previsto no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, a prisão cautelar possui natureza subsidiária, ou seja, somente será cabível caso as outras medidas cautelares alternativas à prisão não sejam adequadas.

Analisaremos neste trabalho apenas a prisão preventiva e a prisão temporária por entendermos que há maior relevância destas duas modalidades de prisão cautelar no tocante à colaboração premiada.

No tocante à prisão preventiva, em função da necessidade de se adequar a prisão processual à proteção dos direitos e garantias constitucionais, a lei processual penal condiciona a decretação da prisão preventiva ao preenchimento de alguns requisitos.

A natureza cautelar do instrumento processual está subordinada a requisitos, que permitam legitimamente afastar a excepcionalidade da prisão sem pena: o primeiro é o *fumus delicti commissi*, que consiste na existência da aparência do fato delituoso praticado pelo imputado; enquanto o segundo é o *periculum libertatis*, que consiste na conclusão de que a liberdade do imputado importa em risco aos fins do processo.

Além destes pressupostos, há a necessidade de que o réu não tenha agido por alguma causa de exclusão de ilicitude (art. 314 do Código de Processo Penal).

Descabe, outrossim, a prisão preventiva se o acusado se livra solto independentemente de fiança; nos crimes culposos; descabe a prisão preventiva caso de trate de crime que possua pena inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade, caso o agente não seja reincidente; cabe a prisão, por outro lado, se o crime envolver violência doméstica e familiar para garantir a execução de medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/06, tudo como se depreende do art. 313, do Código de Processo Penal.

Preenchidas aquelas exigências legais, é necessário que seja demonstrado o *periculum libertatis* para que seja possível a decretação da prisão cautelar.

Este último é definido por conceitos amplos e abertos, não havendo a descrição pormenorizada das situações que configuram cada um dos conceitos justificadores da prisão cautelar,⁷⁰⁹ cabendo ao intérprete integrar estes conceitos, o que permite uma dose elevada de subjetivismo para a decretação da prisão cautelar, em especial em relação à garantia da ordem pública. Em que pese o subjetivismo abrir margem para prisões arbitrárias, mostra-se impossível ao legislador prever de forma exaustiva todas as situações possíveis de perigo na manutenção da liberdade de alguém que está sendo alvo da persecução penal decorrente da própria riqueza e diversidade dos comportamentos humanos, razão pela qual o subjetivismo deve ser entendido aqui como um mal necessário e inevitável.

Passemos a analisar os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, que não são cumulativos.

O primeiro requisito relaciona-se à garantia da ordem pública. O conceito de ordem pública é amplo e indeterminado, mas certamente dirige-se não a proteger o processo penal, mas sim a proteger toda a comunidade, pressupondo-se que esta seria atingida de forma muito intensa pela liberdade de criminosos que causassem tranquilidade social.⁷¹⁰

Este requisito encontra forte oposição da doutrina, ao sólido argumento de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública incorreria em inconstitucionalidade, pois visa à defesa social, visando a uma pronta reação ao crime ocorrido, configurando antecipação da pena vedada pela ordem constitucional.⁷¹¹ Todavia, prevaleceu na jurisprudência a tese pela qual a prisão nestas hipóteses é justificada para garantir o resultado útil do processo, uma vez que a prolação de sentença condenatória à pena

⁷⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 977

⁷¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 556.

⁷¹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 17-27, jan./mar. 1992. A presunção de inocência e a prisão não definitiva voltaram a ser discutidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena em segunda instância. De fato, reformando entendimento esposado em 2009, o Supremo Tribunal Federal passou a entender por seu Tribunal Pleno 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 Federal.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO – Rel. Min. Teori Zavaski – Julgado em: 17 fev. 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 12 set. 2016.

privativa de liberdade decorrente da tutela processual definitiva visa proteger a sociedade, o que seria acautelado pela prisão para a garantia da ordem pública.⁷¹²

Certamente pesou na formulação da jurisprudência a triste, mas real, constatação de que há certos delitos praticados por meio de barbárie, com requintes de crueldade, ou que revelam uma reiteração criminosa contínua contra valores caros à sociedade, que impõem medidas imediatas do Poder Judiciário, sob pena de atentar contra a credibilidade da própria persecução penal institucionalizada.

Além disso, não poderiam os Tribunais pátrios desconhecer que na maioria dos países civilizados, incluindo-se Alemanha, Espanha, Portugal, Estados Unidos, dentre outros, permitem a prisão cautelar em razão da possibilidade de reiteração criminosa⁷¹³, percebendo-se que a maldade do ser humano deve ser considerada pelas instituições públicas de forma a permitir a reação estatal, sob pena de que a própria sociedade busque alternativas de autotutela igualmente deletérias.⁷¹⁴

De qualquer forma, fixou a jurisprudência entendimento pelo qual a prisão cautelar decretada com fundamento neste requisito não ofende ao princípio constitucional da presunção de inocência.

A jurisprudência declara, em regra, que a gravidade abstrata do delito não justifica, *de per se*, a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, impondo-se que a tutela cautelar deva ser fundamentada em fatos concretos e não pela opinião do julgador sobre o caso.⁷¹⁵

⁷¹² FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 316.

⁷¹³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 559.

⁷¹⁴ É de se lembrar os infelizmente comuns linchamentos ocorridos contra pessoas acusadas da prática de crimes sexuais contra menores, que muitas vezes geram a morte do acusado.

⁷¹⁵ Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal consigna que: “A decisão que impõe a segregação de alguém, medida tão drástica e excepcional, precisa de vir fundamentada de forma consistente, demonstrando sólidas evidências do perigo real causado pela liberdade do acusado. Nesse sentido: HC 86.758/PR (DJ 1.9.2006), HC 84.997/SP (DJ 8.6.2007) e HC 83.806/SP (DJ 18.6.2004). É que a constrição provisória deve estar embasada em elementos concretos e não abstratamente como vazio argumento de retórica. Tal posicionamento é hoje uníssono nesta Corte cuja jurisprudência consolidou-se no sentido de entender que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, na gravidade do crime ou em razão de seu caráter hediondo. Nesse sentido, arrola os seguintes julgados: HC 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC 88.448/RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, por empate na votação, DJ 9.3.2007; HC 101244/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, DJe 8.4.2010.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 134382/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 2 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11524741>>. Acesso em 12 set. 2016.)

No entanto, é de se observar que não há um critério geral a guiar as decisões judiciais neste tocante, pois muitas vezes apenas a gravidade do delito praticado decorrente da forma como foi realizado tem sido aceito para legitimar a prisão preventiva.⁷¹⁶

De qualquer forma, vem sendo entendido que a Lei. 12.403/11, ao trazer nova redação ao art. 282, I, do Código de Processo Penal, passando a determinar que as medidas cautelares somente podem ser decretadas pela necessidade da aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais, acabou por restringir o espectro da ordem pública no sentido de que este deve ser entendido apenas para que se busque evitar a reiteração criminosa.⁷¹⁷

Vale salientar que em casos de crimes praticados por organização criminosa, a jurisprudência acaba por admitir a prisão preventiva para a garantia da ordem pública apenas pela gravidade abstrata dos delitos,⁷¹⁸ presumindo que tais organizações

⁷¹⁶ Do Supremo Tribunal Federal extrai-se julgado que representa a possibilidade da decretação da prisão para garantia da ordem pública apenas pela gravidade do crime ocorrido, utilizando-se apenas a forma de sua execução para embasar a decisão: “Conforme destacado pelas instâncias antecedentes, é idônea a fundamentação jurídica apresentada para justificar a decretação da prisão preventiva. Isso porque a decisão está lastreada em aspectos concretos e relevantes para resguardar a ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito teria sido praticado – apreensão, após investigação policial, de aproximadamente 25kg de maconha, acondicionados na forma de 38 tabletes. Na linha de precedentes desta Corte, tais circunstâncias autorizam a custódia cautelar: HC 122920, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 09-09-2014; RHC 117171, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 25-09-2013; HC 117090, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 04-09-2013; HC 116744-AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 04-09-2013; HC 97688, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 27-11-2009; HC 110848, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 10-05-2012; HC 105043, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 06-05-2011”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 134132 AgR/MG. Rel. Min. Teori Zawaski. Julgado em 7 jun. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11202575>>. Acesso em: 12 set. 2016)

⁷¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: Og Fernandes (org). Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas, comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2011, p. 41.

⁷¹⁸ O Supremo Tribunal Federal reconhece tal possibilidade, mesmo não havendo qualquer condição subjetiva desfavorável do agente : “O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa (HC nº 124.911/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 4/3/15). Perfilhando esse entendimento: HC nº 95.889/GO, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe 20/3/09; RHC nº 106.697/DF, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 14/5/12; e HC nº 108.219/PB, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 8/8/12. Anoto, ademais, que a presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção. Nesse sentido: HC nº 90.330/PR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 27/6/08; e HC nº 93.901/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 27/6/08, entre outros.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 131905/BA. Rel. Dias Toffoli- Julgado em 16 fev. 2016. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10423450>>. Acesso em: 12 set. 2016).

criminosas atingem a sociedade com a possível reiteração de crimes, o que justifica a prisão cautelar para a garantia da ordem pública.

Na Itália, há, inclusive, determinação expressa em lei que crimes cometidos por organização criminosa geram a possibilidade da prisão cautelar como função preventiva de defesa da sociedade contra a reiteração criminosa.⁷¹⁹

Outro requisito da decretação da prisão preventiva é a garantia da aplicação da lei penal, que acaba por se resumir a evitar a fuga ou o desaparecimento do imputado.⁷²⁰

Já o conceito de conveniência da instrução criminal, para fins de decretação da prisão preventiva, vem sendo entendido para impedir que o imputado suborne testemunhas, ou peritos, bem como alicie testemunhas falsas ou ameace vítimas e testemunhas, sendo certo que em tais situações há evidente cautelaridade, uma vez que tais condutas afastam a possibilidade de se produzir no processo elementos probatórios seguros para embasar a convicção judicial.⁷²¹

A garantia da ordem econômica, outro requisito legal, “tem sido identificada com situações de crimes que envolvam vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro.”⁷²²

Inovando no ordenamento jurídico, a Lei n. 12403/11 passou a prever que o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão também justifica a decretação da prisão preventiva, o que pressupõe a concessão anterior de outra medida cautelar, afirmando-se que, sem amparo expresso no texto legal, não bastaria o mero

⁷¹⁹ Art. 274, 1, “c” do Código de Processo Penal italiano:” *Le misure cautelari sono disposte: [...]c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni. Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede.”(grifo do autor)*

⁷²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 316

⁷²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 688-689.

⁷²² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 981.

descumprimento da medida cautelar para a imposição da prisão preventiva, devendo estar presente alguma das demais hipóteses do *periculum libertatis*.⁷²³

Sobre a prisão temporária, esta funda-se na ideia de reação imediata do Estado e sua utilidade para as investigações.⁷²⁴

A prisão temporária foi instituída por meio da Lei 7.960/89, que dispõe em seu art. 1º, caber a prisão temporária: a) quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial; b) quando o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na lei penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e crimes previstos na lei do terrorismo.

A interpretação literal dos dispositivos legais indica que seria possível a prisão temporária com a mera configuração de apenas um dos requisitos acima mencionados. No entanto, dado à necessidade de que a prisão processual ostente natureza cautelar, sob pena de ser violadora de princípios constitucionais sensíveis, razão pela qual deverá haver o *fumus boni iuris* consistente no preenchimento do art. 1º, III, (fundadas razões de autoria nos crimes mencionados) da lei em questão cumulativamente com o *periculum libertatis*, que se traduz nos termos da lei nas situações do art. 1º, I, (necessidade da investigação criminal) ou art. 1º, II (indiciado que não fornece sua identificação).⁷²⁵

A norma recebeu acentuada crítica da doutrina,⁷²⁶ dado à amplitude do conceito de imprescindibilidade das investigações, que não possui qualquer limitação, podendo gerar prisões sem fundamentações concretas, o que favoreceria eventual excesso por parte do Poder Judiciário.

A principal característica da prisão temporária é que possui uma duração limitada no tempo, podendo ser de 30 dias prorrogáveis por mais 30 dias em caso de crimes

⁷²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 985.

⁷²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 2009, p.305.

⁷²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.322

⁷²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.319

hediondos e do tráfico de drogas e de 5 dias, prorrogáveis pelo mesmo período, impondo-se que a prorrogação, tal como a decretação, seja fundamentada. Neste requisito diferencia-se da prisão preventiva, que não possui um prazo pré-determinado, embora deva sempre respeitar o princípio constitucional da razoabilidade do lapso temporal e da manutenção de sua necessidade, além do óbvio critério de ser limitada pela pena máxima possível para o crime apurado.

A prisão temporária, conforme acima exposto, está restrita a apenas alguns crimes considerados como relevantes pelo legislador; no entanto, dado aos objetivos deste trabalho, vale consignar aqui que o crime de organização criminosa não está inserido no rol taxativo da lei, e, assim, de per si, não pode justificar a decretação de prisão temporária, admitindo-se tal modalidade de prisão temporária apenas nos casos em que estiver conexo com alguns dos delitos acima mencionados. Entendemos que, dada à diversidade de conceituação legal entre os crimes de quadrilha (hoje associação criminosa) e organização criminosa, não é possível realizar-se a analogia *in malan parte* ou interpretação extensiva, dado à prevalência do primado da legalidade estrita a vigor quando se trata de ameaçar a liberdade. No entanto, é se de criticar a postura do legislador que não cuidou de permitir a prisão temporária em prol de investigações que se mostram extremamente complexas, embora o tenha permitido para crimes de apurações mais simples, como o roubo.

Tecidas estas breves considerações sobre a prisão preventiva e temporária, verificamos que em todas as suas hipóteses não há qualquer possibilidade legalmente prevista que autorize a prisão cautelar para coagir alguém a colaborar com a persecução penal, sendo esta, inclusive, uma das preocupações da doutrina italiana.⁷²⁷

Isto porque o direito constitucional ao *nemo tenetur se detegere* gera o direito de qualquer imputado em manter em silêncio em relação à autoridade da persecução penal, gerando, por conseguinte, o expresso direito de não colaborar com a investigação ou com a produção de provas. Neste sentido, Chiavaro reconhece que o *nemo tenetur se detegere* sintetiza uma pluralidade de garantias para afastar uma coação do imputado para que este preste sua colaboração com o processo penal.⁷²⁸

⁷²⁷ Assevera Bernasconi que: "Del resto, ieri, l'uso dela carcerazione preventiva quale strumento di coazione e la concessione dela libertà provisória in funzione premiale, oggi, il calibrato ricorso ala custodia cautelare e ala sua revoca, denuncia (va) no apertamente le distorsioni e le patologie del processo penale."(BERNASCONI, Alessandro. La collaborazione processuale: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto com lá esperienza statunitense. Milano: Dott Dgiuffrè Editore, 1995, p. 99-100).

⁷²⁸ CHIAVARO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6 ed.Torino: UTET Giuridica, 2015, p. 200.

A não colaboração processual do imputado não pode gerar, de per si, nenhuma coação estatal, muito menos pode autorizar a decretação da prisão cautelar. Deve ser afastado qualquer motivo relacionado à colaboração do acusado como suficiente para o preenchimento do requisito legal da conveniência da instrução criminal (para a prisão preventiva) ou à imprescindibilidade da custódia para as investigações (para a prisão temporária). Em verdade, estes requisitos mencionados visam proteger elementos probatórios já colhidos contra a ação do imputado, assegurando que possam ser usados na persecução penal. Em suma: não visam a obter provas, mas proteger as já existentes, razão pela qual tais requisitos colidem com a colaboração premiada vista aqui como meio de obtenção de prova, ficando afastada qualquer possibilidade de se entender cabível tal tipo de decretação da prisão cautelar para angariar novos colaboradores.

Deve aqui ser rechaçada manifestação esposada pelo Ministério Público Federal em parecer apresentado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no âmbito de um dos processos judiciais da conhecida Operação Lava-Jato, no qual o membro do *Parquet* afirma ser possível a prisão cautelar para que o acusado colabore com a persecução penal.⁷²⁹

O entendimento do parecerista viola o direito ao *nemo tenetur detegere*, sendo infirmada pela constatação de que o direito de não colaborar do imputado está revestido de constitucionalidade, que, por sua vez, afasta qualquer possibilidade de ser coagido em sua liberdade para forçá-lo a produzir provas em seu desfavor ou de terceiro coimputado, quando estiver na posição jurídica de imputado.⁷³⁰

⁷²⁹ Afirma o representante do Ministério Público: ““Além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos.”(BRASIL. Ministério Público Federal. Habeas Corpus n. 5029050-46.2014 Procurador Manoel Pastana. Data do parecer: 21 nov. 2014. Disponível em:< <http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.)

⁷³⁰ Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que: “É certo que não consta ter o paciente se disposto a realizar colaboração premiada, como ocorreu em relação aos outros. Todavia, essa circunstância é aqui absolutamente irrelevante, até porque seria extrema arbitrariedade – que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça – manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, caput e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 127186/PR. Rel. Min. Teori Zavaski. Julgado em 28 abr. 2015. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9015980>>. Acesso em 29 set. 2016.)

Por outro lado, e pelos mesmos fundamentos não se pode, ainda, valer-se da prisão preventiva para buscar obter, por via transversa, o cumprimento do dever de colaborar de quem decidiu abandonar o acordo de colaboração premiada.

Dito isso, embora exista o risco de que a prisão preventiva seja usada para coagir eventuais imputados a colaborar, é de se concluir que inexistente no ordenamento jurídico pátrio a figura da prisão cautelar visando a colaboração do imputado, embora possa ocorrer a decretação indevida da prisão para este fim, ainda que expressando a decisão judicial um dos fundamentos previstos em lei aparentemente válidos.

No entanto, tal prisão ilegal poderá ser revogada pelas vias processuais de impugnação, em especial pelo *habeas corpus*, tal como ocorre de forma rotineira nos Tribunais brasileiros em relação a prisões que se entendem ilegais, uma vez que não se enquadre no permissivo legal, não apresentando, pois, esta hipótese necessidade de maiores considerações.

Destarte, a fim de se respeitar o devido processo legal, o imputado (e possível colaborador) somente pode ser preso cautelarmente, caso configurado alguns dos requisitos acima mencionados. Ora, em assim sendo, a grande questão que se apresenta em relação à prisão e a voluntariedade do possível colaborador é delimitar se existe alguma influência jurídica da situação de estar preso cautelarmente em relação à colaboração prestada.

É certo que a situação de estar detido pelo Estado, em especial tendo em conta as péssimas condições penitenciárias do país, gera na *psique* humana a invariável vontade de obter a liberdade, o que pode influenciar o imputado a valer-se de todos os meios disponíveis para tal fim; a influência psicológica da prisão existe e pode conduzir ao réu a colaborar com a persecução penal para obter mais rapidamente sua liberdade.

Esta influência psicológica, contudo, não inibe as faculdades mentais do imputado a tal ponto de retirar-lhe sua capacidade jurídica, isto é, sua capacidade de manifestar sua vontade e de agir validamente de acordo com ela. Relembre-se, ainda, que: “[...] há voluntariedade quando o agente não é coagido moral ou materialmente, pouco importando a natureza dos motivos determinantes (piedade, remorso, medo, covardia, decepção com o escasso proveito que poderia auferir).”⁷³¹

⁷³¹ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 298

O motivo, que é o precedente que leva à ação (criminosa ou não), variando de indivíduo a indivíduo segundo seu interesse ou sentimento,⁷³² pode ser influenciado por estar o réu preso; mas tal motivo não inquina a voluntariedade, que é conceito jurídico distinto da motivação.

As escolhas manifestadas sempre estão condicionadas a uma série de fatores, que vão desde a personalidade da pessoa, sua criação, valores, até as circunstâncias do presente, como, por exemplo, a situação financeira ou emocional da pessoa quando da tomada de decisão em seus atos da vida civil. Ou seja, as decisões são sempre geradas por muitos fatores, e dentre estes muitos fatores a prisão será mais um deles.

E esta influência, por ser lícita a possibilidade de prisão cautelar, não terá o condão de tornar ilícita ou destituída de valor a manifestação de vontade externada em um acordo de colaboração premiada.⁷³³

Podemos citar alguns motivos para que o agente busque a colaboração premiada: a simples busca pelo prêmio legal; um arrependimento moral genuíno, buscando sua redenção espiritual e social; a necessidade de proteção do Estado em face à ameaça recebida pelo colaborador de outros integrantes da organização criminosa por desavenças internas desta. Todos são motivos, mas descabe ao Estado perquirir sobre a sinceridade dos motivos, sob pena de se ingressar na perigosa seara do totalitarismo.⁷³⁴

Em verdade, estando no pleno exercício de suas faculdades mentais, não se pode criar ao imputado, sem qualquer autorização legal, uma nova de incapacidade civil diversa daquelas previstas na lei.⁷³⁵

Além disso, não se pode afastar do imputado preso o acesso aos prêmios legais, enquanto se permite este acesso ao imputado solto, sob pena de se restabelecer odiosa distinção não amparada na Constituição Federal.

⁷³² NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 7 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007, p. 374

⁷³³ Contra: Gustavo Badaró entende que: ‘As delações de investigados presos são um terrível retrocesso. Devem ser consideradas inválidas, por não atenderem ao requisito do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que exige a voluntariedade da colaboração.’(BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? Disponível em:< <http://jota.uol.com.br/quem-esta-presos-pode-delatar>>. Acesso em 13 out. 2016)

⁷³⁴ Um dos limites à atuação do Estado Democrático de Direito é a impossibilidade de buscar que os indivíduos conformem-se aos valores tidos como corretos pelo Estado, pois esta é a essência de todos os regimes totalitários que tanto mal causaram à humanidade, podendo ser citados os exemplos da Alemanha nazista e a União Soviética comunista.

⁷³⁵ Art. 3º e 4º do Novo Código Civil que regulam as hipóteses de incapacidade.

Entendemos, pois, que, de regra, o simples fato do imputado estar preso não altera sua capacidade de firmar o acordo de colaboração premiada, estando mantida a voluntariedade exigida em lei.

No entanto, algumas circunstâncias poderão gerar a ilicitude da manifestação de vontade quando o imputado esteja preso.

A primeira diz respeito à prisão ter sido decretada de forma manifestamente ilegal, como por exemplo, uma prisão temporária decretada para a apuração tão-somente do crime de organização criminosa, que, como vimos, não possui amparo legal. Ou, ainda, a decretação de prisão preventiva pela prática de crime que possua pena inferior a quatro anos ou por contravenção penal, hipóteses em que a lei veda a prisão preventiva.

De fato, como forma de mitigar os riscos de que a prisão cautelar seja decretada apenas para “forçar” uma colaboração do imputado, temos que, havendo a ilegalidade manifesta da prisão cautelar, está-se diante de um constrangimento ilegal à pessoa do imputado, que gera consequências jurídicas advindas da ilegalidade.⁷³⁶ Uma destas consequências, dada à intensidade da violação constitucional ao direito do imputado, é a possibilidade de tornar nulo o acordo de colaboração premiada prestado na situação da prisão manifestamente ilegal, porquanto decorrente de um vício anterior praticado pelo Estado ao colocá-lo de forma ilegal no cárcere.

Entendemos que a ilegalidade da custódia, para tal fim, deve ser manifesta, pois a simples revogação da prisão cautelar por outra instância judicial por discordância de fundamentos fáticos e jurídicos não torna ilícita a primeira prisão, determinando apenas a soltura do imputado; não há neste caso um vício legal de origem, como ocorre em hipótese de ilegalidade manifesta acima indicados, havendo apenas aquela dose de subjetividade autorizada pela lei e própria da atividade jurídica.

Consigne-se que afirmamos tratar-se de nulidade o acordo de colaboração premiada, mas acreditamos que a legitimidade para arguir esta nulidade caberá apenas ao imputado-colaborador, não havendo interesse processual para que eventuais delatados possam arguir o vício, porquanto diz respeito tão-somente ao colaborador. Isto porque o colaborador, dado aos prêmios que poderá obter, pode considerar ser mais benéfico manter os efeitos do acordo.

⁷³⁶ Sendo uma outra consequência, além da imediata colocação em liberdade, a possibilidade de reparação pelos danos morais.

Outra hipótese em que a prisão cautelar pode atingir a voluntariedade da colaboração refere-se à eventual ameaça da integridade física e mental do imputado sujeito à custódia estatal por parte de agentes do Estado. A condição de estar preso gera maior facilidade do imputado ser vítima de abusos e ameaças pelos agentes do Estado. Pode se tratar de violência real ou moral, sendo oportuno citar o exemplo de ameaças à prisão dos familiares do imputado, caso não coopere, ou ainda, ameaça de colocá-lo em cela com membros de organização criminosa rival, geralmente punidos com morte pelos próprios detentos, dentre outros. Em tais casos, a vontade do imputado fica viciada, gerando a possibilidade de nulidade da transação com o Estado.

Na Itália, antes das modificações trazidas em 2001, havia expressiva crítica da doutrina a respeito do uso pelo Estado de regimes mais rigorosos de pena para exercer pressão sobre o preso para que pudesse colaborar com a justiça, além da concessão de benefícios antecipados em sede de execução penal a aqueles que aderissem ao programa de colaboração com a justiça. A fim de se evitar tais situações, estipulou-se que a fruição de benefícios penitenciários seja possível apenas após o cumprimento de certo período de pena, além de garantir que as entrevistas investigativas, que autorizavam a aplicação de maior rigor do regime penitenciário aos detidos para que colaborassem, tenham sido restringidas.⁷³⁷

De acordo com esta experiência italiana, podemos também entender que a colocação de algum preso em regime disciplinar diferenciado sem o preenchimento dos requisitos legais para tanto, visando a forçá-lo a colaborar também pode inquirar a voluntariedade da colaboração, tornando-a nula, com legitimidade única do imputado-colaborador para sua decretação.

A promessa de soltura do possível colaborador não tem o condão de, em nosso sentir, viciar a vontade do imputado a ponto de gerar a nulidade pela violação de um dos requisitos legais.

A prisão cautelar exige, como acima exposto, o *periculum libertatis* para ser legítima em face à garantia constitucional da presunção da inocência, ou seja, apenas havendo risco de que a liberdade do agente possa de alguma forma obstruir as investigações ou implicar em risco de fuga, ou, ainda, em dar ensejo à reiteração de delitos

⁷³⁷ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24.

é que a custódia cautelar é justificada. Percebe-se, pois, que a prisão cautelar está baseada em um comportamento negativo (prejudicial) do imputado em relação à persecução penal.

Por seu turno, quando o agente decide colaborar com a persecução penal, celebrando acordo de colaboração premiada com os agentes estatais, e esta colaboração é aceita pelo Estado, o imputado assume obrigações para com a persecução penal de caráter positivo, isto é, assume obrigações de cooperar com os agentes do Estado na instrução criminal, o que gera o dever de estar disponível para prestar os depoimentos quando forem solicitados.

Assim, duas das hipóteses da prisão preventiva, a saber, a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal ficam afastadas de imediato, dado que o imputado passará a auxiliar a instrução criminal, reduzindo sobremaneira o risco de fuga.

No tocante à garantia da ordem pública e da ordem econômica, tem-se que o Estado ao admitir a colaboração do agente passa a confiar que ele, por força do esperado prêmio legal que auferirá, abandonou a atividade penalmente ilícita e a organização criminosa a qual pertencia, presumindo-se, desta maneira, que não praticará novos delitos, até porque a reiteração de delitos pode implicar na revogação do acordo de colaboração.

Em assim sendo, concluímos ser incompatível a manutenção da prisão cautelar do colaborador, razão pela qual a revogação da prisão preventiva, ainda que sejam cominadas outras medidas cautelares alternativas, deve ser reconhecida de forma automática após a celebração e homologação do acordo de colaboração premiada.⁷³⁸

Sobre o tema na Itália, o art. 16-octies do Decreto-lei n. 8/91, com redação dada pela Lei 45/2001⁷³⁹ determina que a revogação da prisão cautelar do colaborador somente

⁷³⁸ O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconhece que os acordos de colaboração premiada são calcados em uma relação de confiança e reciprocidade, havendo com a colaboração uma minimização dos riscos que autorizam a custódia cautelar, razão pela qual a resolução do acordo pelo descumprimento das obrigações do colaborador pode autorizar o retorno da imposição da prisão cautelar, desde que ainda presentes os requisitos justificadores desta. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. HABEAS CORPUS Nº 5029593-78.2016/PR – Rel. Juiz Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em 2 ago. 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8491883&termosPesquisados=colaboracao|premiada|lava>. Acesso em 12 out. 2016)

⁷³⁹ Art. 16-octies. - *(Revoca o sostituzione della custodia cautelare per effetto della collaborazione) – 1. La misura della custodia cautelare non può essere revocata o sostituita con altra misura meno grave per il solo fatto che la persona nei cui confronti è stata disposta tiene o ha tenuto taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali. In tali casi, alla revoca o alla sostituzione può procedersi solo se, nell'ambito degli accertamenti condotti in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari, il giudice che procede,*

pode ser concedida quando houver prova de que não mais subsiste a ligação entre o imputado colaborador e a criminalidade mafiosa ou terrorista e, ainda, que o colaborador vem se sujeitando a medidas especiais de proteção, visando evitar a automática soltura do agente somente pelo fato da colaboração.

Para Ruggiero, a escolha legislativa italiana contribui para uma melhor seleção dos colaboradores, incentivando uma colaboração sincera, ou melhor, mais confiável, contribuindo, outrossim, como um antídoto a possível instrumentalização da custódia cautelar com a finalidade de constranger imputados a colaborar com a justiça.⁷⁴⁰ Esta restrição decorre certamente do elevado número de *pentiti* gerado pelas sucessivas introduções legislativas sobre a colaboração premiada no direito italiano a partir da década de 1980.

Concordamos que a restrição à soltura do imputado em decorrência automática da colaboração pode incentivar a falsos relatos apenas para se obter a liberdade. No entanto, também não se pode admitir que colaboradores sinceros presos sejam prejudicados apenas para que o Estado tome precauções acerca de eventual relato falso de alguns. A liberdade do colaborador (ou a falta dela) não pode ser usada nem para constrangê-lo a colaborar, nem como obstáculo a sua colaboração, dado que o valor da liberdade do colaborador está acima do interesse do Estado na confiabilidade das declarações dos colaboradores. Em suma, não estando presentes os requisitos ensejadores da prisão cautelar, a ordem constitucional impõe a soltura imediata do imputado.⁷⁴¹

A restrição da legislação italiana quanto à atualidade do vínculo associativo do colaborador mostra-se, para a realidade brasileira, desnecessária, pois o pressuposto para o acordo de colaboração premiada é que o agente tenha se desligado das atividades criminosas. De qualquer forma, a restrição italiana não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, pois inexistente qualquer óbice legal à automática soltura do colaborador preso.

sentiti il procuratore nazionale antimafia o i procuratori generali presso le corti di appello interessati, non ha acquisito elementi dai quali si desuma l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o terroristico-eversivo e ha accertato che il collaboratore, ove soggetto a speciali misure di protezione, ha rispettato gli impegni assunti a norma dell'articolo 12."

⁷⁴⁰ RUGGIERO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 164-165.

⁷⁴¹ Vale, inclusive, lembrar que "A vida na prisão é a vida do tempo perdido".(REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 332)

5.2.4 Requisitos

Segundo o art. 6º da Lei 12.850/13, o acordo de colaboração premiada para possuir validade deve preencher alguns requisitos formais, devendo ser reduzido a termo, afastando-se a possibilidade de acordo firmado oralmente.

O mencionado dispositivo legal enumera os seguintes requisitos formais, que devem estar contidos no bojo do acordo: a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; d) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; e) a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Ao exigir a lei o relato da colaboração e seus possíveis resultados, buscou o legislador permitir ao órgão acusador ter a prévia ciência das informações que o pretendente a colaborador da justiça possui sobre a organização criminosa ou aos crimes por ela praticado.

A lei pretende aqui obrigar o imputado a apresentar o que podemos denominar de um “projeto de colaboração”, ou seja, deve o pretendente apresentar informações genéricas acerca do conhecimento das atividades ilícitas da organização criminosa que possui e que indique alguma das hipóteses de colaboração previstas no art. 4º, I a V, da lei em comento, a fim de que possa permitir ao órgão acusador aquilatar tanto a necessidade quanto a relevância da colaboração pretendida para a persecução penal.

Evidentemente, caso o colaborador apresente alguma informação relevante, mas que não se enquadre nas hipóteses legais não poderá ser celebrado o acordo de colaboração. Aqui há um dos limites decorrentes da discricionariedade regrada do legislador pátrio ao órgão da persecução penal, o que não ocorre, por exemplo, no modelo estadunidense, no qual vige a ampla liberdade do órgão acusador na celebração do acordo com o imputado.

De posse do relato, caberá ao órgão acusador propor ao colaborador o prêmio legal cabível de forma proporcional à relevância das informações a serem prestadas pelo colaborador.

É claro que o pretendente a colaborador deverá indicar qual espécie de informação concreta que apresentará à persecução penal, mas sem especificá-las em demasia, pois esta

especificação com apresentação, inclusive, de outros elementos probatórios (como documentos), que possua para ratificar suas informações, deverá ocorrer após a celebração do acordo por meio de sua oitiva.

O relato da colaboração é, em verdade, o cerne principal do acordo, cumprindo uma dupla função: a) permitir ao órgão acusador a análise da conveniência para a instrução criminal ou investigação; b) assegurar ao colaborador uma forma mais precisa para o reconhecimento de sua colaboração como eficaz, a fim de que possa pleitear os prêmios legais ajustados no acordo. O relato da colaboração assume, pois, extrema relevância para a estrutura da colaboração premiada, porquanto será o parâmetro definidor dos benefícios legais do colaborador, além de indicar os objetivos da persecução penal com a colaboração.

Outro requisito legal é a necessidade de constar no termo de colaboração as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia ao colaborador, nas quais deverão explicitar as exigências do Estado em relação ao colaborador, em especial, no tocante aos comportamentos esperados do colaborador, bem como a explicitação dos prêmios legais que são oferecidos ao potencial colaborador, discriminando-os.

Decorre desta exigência legal, a obrigatoriedade da especificação dos limites de abrangência dos fatos criminosos que serão objeto do acordo de colaboração premiada. A prática forense vem indicando ser o mais comum a especificação dos fatos criminosos e as indicações das informações esperadas do agente colaborador em anexos ao acordo de colaboração premiada, uma vez que o mesmo acordo poderá abranger muitos crimes diversos. Assim, ante a necessidade de ser dar publicidade do acordo de colaboração após o recebimento da denúncia ao delatado,⁷⁴² justifica-se a cautela de indicar em anexos os fatos criminosos e as informações a serem prestadas, tendo em vista que poderá ser dada publicidade ao acordo de colaboração e apenas o do anexo relativo ao crime em que houve o oferecimento de denúncia, permitindo o prosseguimento das diligências em sigilo no tocante aos outros crimes ainda em investigação.

A preocupação do legislador com o conhecimento real dos termos e das consequências jurídicas do colaborador em relação ao acordo é depreendida das exigências legais contidas nos incisos III e IV do mencionado art. 6º: exige-se que conste do acordo de colaboração premiada uma declaração expressa de aceitação dos termos e condições do acordo tanto pelo colaborador quanto por seu defensor, e, ainda, a exigência de que além

⁷⁴² Art. 7º, § 3º, da Lei 12.850/13.

dos representantes do Estado, tanto o colaborador quanto seu defensor subscrevam o acordo. Embora as simples assinaturas do colaborador e de seu defensor fossem suficientes para caracterizar a aquiescência do colaborador e de sua defesa técnica ao acordo, a lei por cautela exigiu um requisito formal de aceitação consistente em tal declaração expressa, demonstrando a clara preocupação do legislador em relação ao tema da voluntariedade da celebração do acordo.

O último requisito formal do acordo de colaboração corresponde à previsão da especificação das medidas de proteção ao colaborador e sua família, quando necessárias.

As medidas de proteção, que são direitos do colaborador,⁷⁴³ são aquelas previstas na Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, que criou programas especiais de proteção à vítimas e testemunhas.

As circunstâncias objetivas (a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração) e subjetivas do colaborador (sua personalidade)⁷⁴⁴ são compreendidas por parte da doutrina como requisitos de admissibilidade da colaboração premiada,⁷⁴⁵ com o que discordamos.

Isto porque a norma legal determina que tais circunstâncias se referem à concessão do prêmio, que ocorrerá, em regra, com a prolação de sentença judicial. A análise da eficácia da colaboração será posterior ao acordo de colaboração e não previamente, pois o colaborador apresentará os elementos probatórios corroboradores de suas declarações apenas após a homologação judicial e não com a mera formulação do acordo de colaboração premiada.⁷⁴⁶

De qualquer modo, tais circunstâncias objetivas e subjetivas mencionadas pela lei, embora acabem sendo analisadas pelo Ministério Público quando da proposta de acordo de colaboração premiada, e pelo próprio magistrado quando da prolação de sentença judicial, porquanto entrosam-se naturalmente com a colaboração,⁷⁴⁷ não condicionam à validade ou

⁷⁴³ Cf. item 4.1 *supra*.

⁷⁴⁴ Previstas no art. 4º, para. 1º da Lei n. 12.850/13: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

⁷⁴⁵ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 286; SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 56.

⁷⁴⁶ Neste sentido, Vicente Greco sustenta que os efeitos da colaboração premiada dependem destas circunstâncias, que deverão ser levadas em conta pelo juiz ao aplicar os benefícios legais ao julgar a sentença de mérito (GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40).

⁷⁴⁷ A colaboração premiada não é oferecida a qualquer pessoa ligada ao crime organizado; antes a lógica deste meio de obtenção de prova indica que os acordos deverão ser oferecidos apenas após a análise de uma

existência do acordo, e, assim, não são pressupostos, nem requisitos do acordo. Em verdade, assemelham-se apenas a parâmetros de discricionariedade a guiar tanto o Estado-acusador quanto o Estado-juiz, dado ao caráter aberto de tais conceitos (gravidade, personalidade e repercussão social do fato).

Corroborando este entendimento recente julgado do Supremo Tribunal Federal que estabeleceu que:⁷⁴⁸

A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13)”, e, ainda, que: “A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração.”

Por fim, embora omissa a lei, deve necessariamente o acordo prever o termo final da colaboração. Este marco temporal deve ser o necessário para que permita ao colaborador contribuir com a persecução penal, mas ao mesmo tempo deve ser razoável, pois ninguém pode ser obrigado a ficar jungido a uma obrigação para com o Estado *ad eternum* e de forma indefinida. De qualquer forma, o prazo máximo do acordo deve respeitar ao menos um marco temporal: a prescrição do direito de punir em relação aos crimes imputados ao colaborador ou ao delatado. Isto porque a colaboração premiada está vinculada à persecução penal. Ora, tendo decorrido a extinção do direito de punir pela prescrição, não haverá mais em se falar na persecução penal e se torna desprovida de fundamento a manutenção das obrigações do colaborador. A única exceção diz respeito à hipótese em que o colaborador esteja sob a proteção material do Estado, hipótese em que, então, como contrapartida à proteção especial recebida, deve manter suas obrigações para manter-se no programa de proteção.

5.2.5 Legitimados

possível credibilidade do colaborador em relação às informações sobre os crimes praticados (personalidade), bem como sobre o tipo de delito ocorrido e suas repercussões sociais e sobre sua aptidão de eficácia. Ou seja, todos os requisitos do art. 4º, § 1º, da Lei 12.850/13 acabam sendo analisados quando da proposta formulada pelo Estado.

⁷⁴⁸ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127483/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 22 set. 2016.)

A análise do acordo de colaboração premiada sob sua ótica subjetiva determina que sejam identificados os sujeitos⁷⁴⁹ legitimados a integrar a avença.

Para melhor análise da questão, com fulcro no art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13 podemos classificar os sujeitos, no que concerne ao acordo de colaboração, em duas posições distintas, a saber: o núcleo estatal e o núcleo defensivo.⁷⁵⁰

O núcleo estatal é composto precipuamente por dois sujeitos: a autoridade policial e o Ministério Público, cabendo a este núcleo velar pelo interesse da sociedade na correta investigação, apuração e repressão dos ilícitos penais.

A autoridade policial, que na forma da ordem constitucional e legal vigente corresponde ao cargo de delegado de polícia estadual ou de polícia federal, conforme atribuições previstas na ordem jurídica vigente,⁷⁵¹ ostenta a prerrogativa de presidir as investigações nas apurações de delitos, valendo-se para tanto do inquérito policial. Desta maneira, sendo o presidente das apurações das infrações penais é natural que seja um dos legitimados para os acordos de colaboração premiada na hipótese em que tal colaboração se dê no âmbito do inquérito policial, podendo propor tais acordos⁷⁵², porquanto uma das naturezas da colaboração processual é justamente o de meio de obtenção de prova, provas estas que são angariadas, em regra, no inquérito policial presidido pela autoridade policial.⁷⁵³

⁷⁴⁹ Fundado no conceito de que a incidência de uma norma jurídica sobre um fato gera a consequente formação de uma relação jurídica, conclui-se que tal relação jurídica (que pode ser de ordem material ou processual), supõe dois sujeitos, sendo um deles o titular do direito subjetivo e o outro o titular da obrigação ou dever. Em regra as mesmas partes compõem a relação jurídica material e a processual, sendo esta caracterizada por aquele que exerce e por aquele em face de quem é exercido o direito à jurisdição (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 126-127)

⁷⁵⁰ Seguimos para esta classificação, a constatação de que é o Estado o responsável pela persecução penal, ainda que existam órgãos distintos envolvidos neste mister. Neste sentido é o clássico conceito trazido por Frederico Marques, para quem: “[...] promotores públicos e autoridade policiais encarnam, na persecução penal, o interesse punitivo do Estado, que nasce quando praticado um fato aparentemente delituoso. [...] No processo que se desenrola perante a justiça criminal “parte”, como ensinava Arturo Rocco, é o Estado-Administração, de que o Ministério Público é órgão. [...] se é o Estado-Administração quem investiga e acusa, é irrelevante o órgão a quem ele atribui uma ou outra função. No juízo ou no inquérito quem esta presente é esse Estado-Administração” (MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 93)

⁷⁵¹ Art 144 e seguintes da Constituição Federal e Código de Processo Penal.

⁷⁵² Art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13.

⁷⁵³ Na experiência italiana, Pedro Saviotti afirma que raramente a disposição do agente criminoso em colaborar com a justiça ocorre no curso de um processo penal perante o Ministério Público, afirmando que é muito mais comum que esta disposição de colaborar seja declarada inicialmente à autoridade policial (SAVIOTTI, Pietro. *Pubblico Ministero e polizia giudiziaria: un problema di regole processual da rispettare*. In: SAVIOTTI, Pietro et al. *I collaboratori di giustizia: legislazioni ed esperienze a confronto*. Palermo: Fondazione “Giovanni e Francesca Falcone”, 1994, p. 131-132), do que se extrai a relevância da participação da autoridade policial nas negociações com o colaborador da justiça, embora se possa questionar sua independência para a positura do acordo.

Reconhece a lei de organização criminosa certa capacidade postulatória específica da autoridade policial,⁷⁵⁴ limitada esta ao âmbito do inquérito policial e a matérias restritas, tal como ocorre em relação às medidas cautelares em geral, nas quais o Ministério Público atua como *custos legis*.⁷⁵⁵

E esta independência da autoridade policial em relação ao Ministério Público decorre do modelo de persecução penal pré-processual adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, que autoriza que o fato criminoso seja investigado tanto pela autoridade policial quanto pelo Ministério Público, sem que exista uma liderança destas investigações pelo órgão responsável pela proposição da ação penal,⁷⁵⁶ ao contrário do modelo italiano, em que o Ministério Público dirige as investigações.

O modelo pátrio gera clara perda de eficiência da persecução penal, ante a configuração de linhas investigativas distintas que podem gerar obstáculos recíprocos na colheita de provas, modelo este que deveria ser modificado pelo legislador. Contudo, no atual ordenamento legal, este é o modelo delineado.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ Sobre a questão da capacidade postulatória da autoridade policial, Eugenio Pacelli reconhece que: “[...] nossa legislação processual penal autoriza a representação policial ao juiz para a adoção de medidas acautelatórias na fase de investigação, conforme se encontram em vários dispositivos do Código de Processo Penal e em legislações especiais. Não se queira aí vislumbrar inconstitucionalidades com a ordem de 1988. [...] A polícia judiciária (que, aliás, deveria ser ministerial) tem legitimidade para pleitear a concessão judicial de diligências cautelares (interceptação telefônica, prisão cautelar, busca e apreensão, etc), independentemente da concordância prévia do Ministério Público.”(OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 67).

⁷⁵⁵ Lemos Junior e Lopes de Oliveira aduzem que: “[...] a elaboração do Termo de Acordo de Colaboração Premiada deve ser redigido em conjunto com o representante do Ministério Público, porquanto a autoridade policial fica alheia à condução da ação penal e, assim, não pode elaborar ajustes no lugar do acusador.”(LEMONS JUNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes. *Crime organizado e a Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 48)..

⁷⁵⁶ Neste modelo, como anota Scarance Fernandes: “[...] a Constituição atribuiu à polícia a função de investigar as infrações penais, mas seguindo tendência universal, previu o seu controle pelo Ministério Público, e, por outro lado, restringiu, em parte, os poderes da polícia em prol de maior garantia às pessoas presas ou submetidas a inquérito. O novo panorama descortinado pelo texto constitucional tem suscitado avanço do Ministério Público na fase investigativa. [...] Não se trata, contudo, de atividade que substituiria integralmente a atividade da polícia judiciária, exercida pela autoridade policial, prescindindo-se do inquérito policial. Pela própria Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu-se aos delegados de carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, § 4º). Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional. O que permitiu o art. 129, VII, foi o acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça. O art. 129, VIII, da Constituição Federal, só possibilitou ao Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”.(FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 265/266)

⁷⁵⁷ Scarance Fernandes conclui que: “O avanço do Ministério Público em direção à investigação representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede com Portugal e Itália, a atividade de supervisão da investigação policial. Entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico-positivo, evitando-se incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação.”(FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 267)

Contudo, embora a autoridade policial possa propor o acordo, o Ministério Público deve necessariamente ser ouvido sobre a proposta de acordo de colaboração premiada formulada pela autoridade policial.⁷⁵⁸ E a oitiva do Ministério Público deve prevalecer sobre o acordo firmado pela autoridade policial.

Isto porque, embora possua a autoridade policial atribuição legal para, de forma independente realizar investigação e até celebrar o acordo de colaboração premiada, o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal, não podendo ter suas funções turbadas pela atividade de outro órgão do Estado, sob pena de inconstitucionalidade da medida.

Imagine-se, por exemplo, o caso de a autoridade policial oferecer ao potencial colaborador o prêmio de não oferecimento de denúncia. O Ministério Público seria obrigado a respeitar um acordo com o qual não deu sua aquiescência, afastando aí a autonomia e independência da instituição, bem como a exclusividade constitucional da titularidade da ação penal pública? Cremos que não.

Em que pese a colaboração premiada possuir em sua perspectiva de meio de obtenção de prova uma inegável relevância para a colheita de provas na fase pré-processual, tais elementos são produzidos com uma finalidade teleológica voltada ao futuro processo penal, no qual a autoridade policial não mais atua como sujeito legitimado. Desta forma, e tendo em vista a elevada discricionariedade autorizada pela lei e a vinculação do juiz ao acordo homologado, como será visto oportunamente neste trabalho, temos que o órgão responsável pela palavra final sobre a celebração do acordo deve estar cercado de garantias institucionais e constitucionais para agir neste relevante papel institucional. Destarte, cabe ao Ministério Público este papel, não podendo ele ser substituído pela autoridade policial.

Portanto, em caso de discordância do Ministério Público com o acordo formulado pela autoridade policial, falta uma das condições que permitem a homologação judicial do acordo.

Outro legitimado ao acordo é o próprio Ministério Público,⁷⁵⁹ que é o titular da ação penal,⁷⁶⁰ firmado institucionalmente no princípio da independência funcional de seus membros, com índole constitucional.⁷⁶¹

⁷⁵⁸ Art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13.

⁷⁵⁹ A origem do Ministério Público em sua configuração atual remonta ao século XVIII na França (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 458)

⁷⁶⁰ Art. 129, I, da Constituição Federal.

⁷⁶¹ Art. 127, § 1º, da Constituição Federal.

O Ministério Público, embora na fase pré-processual exerça função concorrente na investigação da infração penal com a autoridade policial, passa a ser protagonista da persecução penal quando oferecida a denúncia, sendo este um dos primados do sistema acusatório⁷⁶² decorrente do sistema de garantias constitucionais ao acusado. Sendo efetivamente uma das partes do processo penal,⁷⁶³ com a responsabilidade de deduzir em juízo a acusação em nome do Estado, assume a posição de *dominus litis*, que lhe confere a faculdade de propor acordos de colaboração premiada tanto na fase pré-processual, quanto na fase processual e até mesmo em sede de execução da pena imposta,⁷⁶⁴ ao contrário da autoridade policial que ostenta tal legitimidade apenas em sede de inquérito policial.

A vítima, ao assumir a posição de assistente da acusação na ação penal, não poderá propor o acordo de colaboração premiada. A atividade probatória do assistente da acusação é regulada pelo artigo 271, do Código de Processo Penal, que aduz ser permitido ao assistente do Ministério Público propor meios de prova e requerer perguntas às testemunhas. Em outros termos, o Código de Processo Penal atribui ao assistente do Ministério Público o direito à proposição de provas, além de aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584 e 598, ambos do *Codex* processual penal.

⁷⁶² O sistema processual penal pode ser classificado de várias formas, mas a classificação mais comum é aquela dicotomia entre sistema acusatório e inquisitório, no qual, dentre outras características, é considerado acusatório aquele em que há separação entre a função de julgar e acusar. A classificação sistema inquisitorial/acusatório pode corresponder, ainda, à forma de gestão da prova, com maior ou menor poder instrutório do magistrado no processo penal, podendo neste aspecto ser considerada a dicotomia entre o *adversarial* e *non adversarial system* (BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy, *A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional Estudo sobre sua admissibilidade e valoração*. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/a-utilizacao-da-hearsay-witness-na-corte-penal-internacional-estudo-sobre-sua-admissibilidade-e-valoracao-1.html>>. Acesso em 12 jun. 2015)

⁷⁶³ A atuação peculiar do Ministério Público no processo penal consiste ao mesmo tempo em estar vinculado ao rigor da aplicação da lei penal, sendo o obreiro do *ius puniendi* do Estado e a assegurar a liberdade jurídica do indiciado ou acusado (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 138-139). O Ministério Público é classificado em regra pela doutrina em razão de tais circunstâncias como “parte imparcial” em contraposição ao réu, que ostenta apenas o interesse em se defender da acusação contra ele deduzida. Vale aqui registrar que a doutrina indica outras classificações para o Ministério Público no processo penal: “Tambem no ambito do processo penal a posic::ao do Ministério Publico e controvertida: parte sui generis (Vincenzo Manzini, Helio Tomaghi); parte imparcial (Alfredo De Marsico, Magalhaes Noronha); parte parcial (Francesco Camelutti); parte material e processual (Jose Frederico Marques); parte formal, instrumental ou processual (Jorge Olmedo, Giovanni Leone, Fernando da Costa Tourinho Filho); não é parte (Otto Mayer, Biagio Petrocelli).”(MAZZILLI, Hugo. *A natureza das funções do Ministério Publico e sua posição no processo penal*. Revista dos Tribunais, ano 91, vol 805, nov. 2002, p. 467).

⁷⁶⁴ Art. 4º, § 5º, da Lei 12.850/13.

Sobre a natureza do interesse da vítima no processo penal, como assistente do Ministério Público, parte da doutrina entrevê apenas o interesse patrimonial,⁷⁶⁵ limitando a participação do assistente da acusação, enquanto outra parte reconhece a existência de interesse na justiça da aplicação da lei penal, garantindo atuação ampla nos atos do procedimento.⁷⁶⁶

De qualquer forma, prevalece o entendimento jurisprudencial restritivo da atuação do assistente da acusação em relação ao enforque probatório,⁷⁶⁷ subordinando sua atuação probatória à atuação do Ministério Público.⁷⁶⁸

Assim, dada à inexistência de previsão legal, e, ainda, tendo em vista que a atividade processual probatória do assistente da acusação é subordinada à ação do Ministério Público, é de se concluir que o assistente não poderá propor acordo de colaboração premiada.

Em se tratando da ação penal privada subsidiária da ação penal pública, não obstante o silêncio da lei de organização criminosa, entendemos ser possível que o ofendido proponha o acordo de colaboração premiada.

De fato, prevê o art. 5º, LIX, da Constituição Federal que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.”, redação esta reproduzida também na legislação infraconstitucional.⁷⁶⁹ A aceitação da ação penal privada subsidiária da pública está embasada na constatação da necessidade de tutelar os interesses do Estado na exigência da resposta ao ato ilícito praticado contra a vítima⁷⁷⁰ e

⁷⁶⁵ Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 610-611.

⁷⁶⁶ FERNANDES, *O papel da vítima no processo criminal*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 136-139; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, Campinas: Millennium, 2009, p. 246; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

⁷⁶⁷ Diversa é a situação em relação à faculdade do assistente da acusação em recorrer de atos judiciais, nos quais se encontra sedimentado entendimento pelo qual o direito ao recurso do assistente da acusação é desdobramento do direito de promover ação penal privada subsidiária da ação penal pública, sendo incondicionado à aquiescência do *Parquet* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.453, Relator: Min. Paulo Brossard, em 06 set. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73118>>. Acesso em: 12 jun. 2015).

⁷⁶⁸ Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a legalidade de indeferimento de prova pericial requerida por assistente do Ministério Público que não contara com a aquiescência ministerial, assentou que a atividade probatória do assistente da acusação decorre da sua posição no processo penal, estando ela submetida à posição do titular da ação penal, que era o Ministério Público. Neste contexto, tal atividade é restrita e está vinculada à concordância do Ministério Público, em relação a quem o assistente age em reforço, tendo caráter apenas auxiliar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag Reg em AI nº 191684, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17 nov. 1997. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=282876>. Acesso em 12 jun. 2015)

⁷⁶⁹ Art. 29 do Código de Processo Penal.

⁷⁷⁰ Como anota Scarance Fernandes, as discussões sobre a conveniência da ação subsidiária foram superadas

contra a própria sociedade.⁷⁷¹ Visa, ainda, à fiscalização da sociedade da atividade do órgão ministerial, razão pela qual em caso de inércia no prazo legal⁷⁷² quanto ao oferecimento de denúncia, poderá o ofendido ajuizar ação penal. Ao fazê-lo passa o particular a ser o responsável pela titularidade da ação penal, assumindo as prerrogativas processuais decorrentes de tal titularidade, mormente no aspecto probatório, razão pela qual não se pode negar a este novo titular a possibilidade de dispor do meio de prova da colaboração premiada.

No entanto, o Ministério Público nas ações subsidiárias ostenta a prerrogativa de supervisionar a atividade do querelante, a teor do art. 29 do Código de Processo Penal, decorrendo deste dispositivo legal a subordinação da atividade processual do querelante ao Ministério Público, mas tal subordinação não afasta a possibilidade de que o querelante proponha ao acusado acordo de colaboração premiada. No entanto, dada à esta subordinação da atividade processual do querelante ao Ministério Público, o órgão ministerial deve aquiescer ao acordo formulado, sob pena da avença não produzir seus jurídicos e legais efeitos. O acordo firmado pelo querelante e pelo colaborador está, pois, subordinado à condição de sua ratificação pelo órgão ministerial, da mesma forma como ocorre com o oferecimento do acordo pela autoridade policial.

No tocante ao núcleo defensivo, surge o imputado⁷⁷³ como outro protagonista no processo penal em paralelismo entre o direito de ação e de defesa.⁷⁷⁴ O acusado, na perspectiva garantista trazida pela ordem constitucional vigente, não mais figura como mero objeto da persecução penal, como ocorre nos sistemas inquisitivos, sendo, em verdade, sujeito da relação processual.⁷⁷⁵ E em sendo um dos sujeitos da relação processual nada mais natural que seja um dos sujeitos do acordo de colaboração premiada.

pela valorização do papel da vítima no processo penal (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 249)

⁷⁷¹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ed. ver. e ampl. Atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 164.

⁷⁷² Inércia que não se confunde com manifestação do órgão acusatório pelo arquivamento do inquérito policial ou com pedido de diligências, pois em tais hipóteses não se configura qualquer inércia do Ministério Público a justificar a propositura da ação penal pública.

⁷⁷³ Tanto o investigado, quanto o acusado ou o apenado em sede de execução de sentença condenatória definitiva, ostentam legitimidade para firmar acordo de colaboração premiada.

⁷⁷⁴ Como anota Scarance Fernandes: “[...] é evidente a ligação em qualquer ramo do direito processual entre a defesa e o contraditório e claro o paralelismo que se forma entre a ação e a defesa. O mesmo sucede no processo penal, ainda mais porque, neste, o contraditório deve ser pleno, efetivo, de modo que se assegure o equilíbrio de forças entre acusação e defesa.” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 281).

⁷⁷⁵ Esta posição jurídica decorre do primado do sistema de garantias constitucionais e convencionais previstas em tratados de direitos humanos inseridos no ordenamento pátrio. Como anota Zanoide de Moraes, à luz da presunção de inocência que ilumina e influencia todo o direito processual penal: “O direito fundamental, portanto, do ponto de vista do indivíduo, é um direito subjetivo (fundamental) a lhe

Desta posição de sujeito e não mais objeto da persecução, posição que lhe atribui faculdades à sua reação defensiva, decorre a prerrogativa do imputado de iniciativa de proposição de acordo ao núcleo estatal de persecução.

Não será qualquer imputado que estará legitimado para figurar no acordo de colaboração premiada: impõe-se que, em regra, seja um imputado da prática de crimes relacionados à organização criminosa investigada ou crimes conexos a esta, ou, ainda, aos crimes nos quais ocorreu a extensão normativa já tratada neste trabalho.⁷⁷⁶ Outra possibilidade é que seja imputado da prática de outros crimes que admitam a colaboração premiada (genérica ou específica), na qual, como já visto neste trabalho, poderá ser adotado o rito trazido pela Lei 12.850/13.

Um imputado que integre uma organização criminosa diversa daquela investigada também poderá firmar acordo de colaboração premiada, caso tenha conhecimento de fatos envolvendo esta organização criminosa no tocante a uma das hipóteses do art. 4º, caput, da lei em estudo, porquanto a lei não condicionou a legitimidade para figurar no acordo à necessidade de que pertença o colaborador à mesma organização criminosa objeto da investigação para todas as hipóteses de colaboração, ainda que esta possa ser a regra e ainda que tal circunstância possa gerar efeitos sobre a valoração da delação firmada.

Não poderá figurar no acordo de colaboração premiada o imputado da prática de outros crimes diversos do mencionado acima, ainda que tenha informações sobre a organização criminosa, sob pena de alargamento da justiça consensual ao arrepio da vontade do legislador, que restringiu a colaboração premiada a alguns delitos.

Vale registrar que o imputado é o principal beneficiário do novo sistema premial trazido pela Lei 12.850/13, porquanto passou a ser prevista outras hipóteses de prêmios não previstas nas leis anteriores e de forma mais ampla, tal como a possibilidade de não oferecimento da ação penal, além do próprio perdão judicial.

Para a correta compreensão da perspectiva jurídica e limitadora de seus direitos e garantias, exige a lei como pressuposto de validade do acordo de colaboração processual a presença de defensor ao acusado, que deverá aquiescer aos termos da avença, o que será melhor analisado no item 5.5 *infra*.

garantir uma posição de vantagem ou ativa em relação ao Estado (destinatário daquela norma). Já do ponto de vista desse destinatário, o direito fundamental é uma norma de competência negativa, no sentido de impedir ou limitar suas possíveis atuações.” (MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2010, p. 229)

⁷⁷⁶ Item 2.9 *supra*.

5.2.6 Procedimento

O procedimento é a “[...] soma dos atos processuais, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e sua unidade teleológica.”,⁷⁷⁷ e, ainda, que na série de atos, cada ato “[...] é consequência do precedente e condição necessária do sucessivo. Em outras palavras, há, entre os atos da série, uma ordem preestabelecida.”⁷⁷⁸

Considerando-se que a colaboração premiada é caracterizada por uma sequência de atos processuais delimitados em lei, unidos entre si por uma unidade teleológica, em que as fases são sucessivas e dependentes uma das outras, visando todas estas a constituição e a emprestar efeitos jurídicos à colaboração processual do imputado, é de se concluir que o instituto tem como uma de suas características ser um procedimento.

Este procedimento é estruturalmente autônomo em relação ao procedimento principal (procedimento investigativo ou processo), mas vinculado a ele funcionalmente, porquanto seus efeitos jurídicos ocorrerão no procedimento principal.⁷⁷⁹ Assim, a colaboração premiada constitui, sob o aspecto procedimental, um procedimento incidental ao procedimento principal.

A Lei 12.850/13 estabelece um procedimento, ainda que de forma não sistemática, fazendo menção no parágrafo 15 do art. 4º, da lei em estudo, às fases de negociação, confirmação e execução da colaboração. Tendo em vista o *nomen legis*, preferimos seguir a classificação da lei, embora a doutrina designe as fases de outra forma.⁷⁸⁰

Em decorrência desta disposição legal, pode ser depreendido que o procedimento da colaboração premiada ostenta três fases distintas, sendo, ainda, um procedimento complexo, que apenas se consuma mediante a manifestação de vontade das partes (imputado e Estado), devidamente homologada judicialmente, para após ser colhida a prova decorrente da colaboração.

⁷⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 319.

⁷⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

⁷⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 308.

⁷⁸⁰ São as fases chamadas de fase de negociação e acordo; fase da homologação judicial e a fase de sentença (GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40-41; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 453)

A negociação é a primeira das fases. Esta fase inclui a primeira proposta de acordo de colaboração premiada, a discussão das cláusulas de cooperação do imputado e os prêmios legais que o beneficiarão, bem como eventuais contrapropostas, além da própria formalização do acordo por escrito, que é o último ato desta fase processual. Nesta fase o imputado ainda não pode ser chamado de colaborador, nem ingressa no regime próprio da colaboração, sendo ainda um pretendente a colaborador, estando delineada no art. 4º, parágrafo 6º, da lei.

Passa-se então à segunda fase, que é a confirmação da colaboração, prevista no art. 4º, parágrafo 7º, da lei. Nesta fase compreende-se precipuamente a homologação judicial do acordo, sendo facultativamente ouvido o pretense colaborador pelo juiz da causa. A partir da homologação o imputado passa a receber a qualificação jurídica de colaborador,⁷⁸¹ ingressando no regime legal de colaboração, passando a usufruir, caso necessário, das medidas de proteção previstas em lei, bem como dos demais direitos previstos no art. 5º da Lei 12.850/13. A decisão de homologação judicial é interlocutória simples,⁷⁸² que pode ser impugnada pela correição parcial,⁷⁸³ ou por meio de *habeas corpus*.

Por fim, há a fase da execução da colaboração, que é compreendida pelo exercício dos direitos do colaborador acima mencionados, bem como pelo início de sua efetiva cooperação com a persecução penal, apresentando as informações que possui acerca das atividades da organização criminosa, incluindo, ainda, as oitivas que deverá prestar, inicialmente ao Ministério Público ou ao delegado de polícia, e após quando de sua convocação judicial. Além disso, esta fase é integrada pela avaliação qualitativa da cooperação prestada pelo colaborador e, em regra, pela adjudicação dos prêmios legais a ele negociados com o Estado, seja por meio da sentença judicial ou pelo não oferecimento de denúncia⁷⁸⁴, quando estipulado no acordo.

Cumprido salientar que esta fase da colaboração será realizada tanto no procedimento incidental, como no procedimento principal.

⁷⁸¹ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

⁷⁸² GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

⁷⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 60.

⁷⁸⁴ Aliás, porque pode não haver sentença adjudicando ao colaborador os prêmios legais, entendemos incorreta a denominação da fase de execução da colaboração como fase da sentença, tal como afirmado pela doutrina acima mencionada.

Considerando-se que a colaboração premiada pode ser realizada a qualquer tempo, podemos classificar seu procedimento, no tocante ao aspecto temporal: a) pré-processual ou inicial, quando prestada antes do oferecimento da ação penal; b) processual, ou intercorrente, quando prestada durante a existência de um processo penal de conhecimento e c) pós-processual, ou tardia quando prestada após a sentença.⁷⁸⁵

Essa classificação é relevante, porque dela decorrem consequências diversas.

O procedimento pós-processual gera uma relevante restrição aos prêmios da colaboração, pois nele será admitido como prêmio legal apenas benefício penitenciário (progressão especial de regime) ou a redução da pena em até metade (art. 4º, 5º, da Lei 12.850/13), ao contrário do que ocorre quando a colaboração é formalizada antes da prolação de sentença, na qual a redução poderá ser de até 2/3 e os benefícios penitenciários são mais alargados, cabendo, inclusive, a substituição da pena privativa de liberdade.

Já na fase pré-processual todos os prêmios legais são cabíveis, enquanto na fase processual, apenas parte deles são possíveis, ficando afastada, por exemplo, o não oferecimento de denúncia – por imperativo lógico - e eventualmente incidindo a mesma restrição daquela verificada na fase pós-processual, caso a colaboração tenha se efetivado após a prolação da sentença ainda recorrível.

A lei definiu o momento da sentença como a baliza temporal para a divisão entre a fase processual e pós-processual, fundando-se em que a natureza de meio de obtenção da prova da colaboração tem sua relevância maior para a persecução penal até o encerramento da instrução, razão pela qual quando prestada tardiamente, isto é, após o julgamento do colaborador, a colaboração tem uma diminuição na possibilidade dos prêmios legais cabíveis, presumindo o legislador que a contribuição do colaborador será menos relevante, dado que o encerramento da instrução está encerrado.

Não concordamos, pois, com o entendimento ampliativo dado ao conceito de “sentença” previsto na norma, a fim de que abarque também o acórdão condenatório transitado em julgado.⁷⁸⁶

⁷⁸⁵ Conforme a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCLA, a colaboração premiada é dividida nas fases inicial, intercorrente e tardia. (BRASIL. Ministério da Justiça e cidadania. ENCLA. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/Ministerio_Publico_Santa_Catarina/manual-colaborao-premiada-jan14>. Acesso em 25 set. 2016).

⁷⁸⁶ Entende a doutrina divergente que seria aplicável a interpretação ampliativa, dado que o legislador teria dito menos do que desejou ao se referir apenas à sentença, sustentando-se que a fase pós-processual teria início apenas após o trânsito em julgado (GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 270-271).

É de se notar que o marco temporal para a análise da restrição incidente sobre os prêmios legais será o momento da homologação judicial do acordo e não sua celebração, pois apenas após a homologação que o acordo de colaboração premiada produz efeitos jurídicos.

A lei determina que o pedido de homologação judicial seja formulado em apartado, a fim de permitir que seja distribuído de forma sigilosa,⁷⁸⁷ com a supressão de dados que possam identificar o colaborador e o seu objeto. Em se tratando de procedimento pós-processual, deverá ser apresentado em apartado aos autos de execução criminal, caso vigente, ou, ainda, nos autos de conhecimento se inexistente execução. De regra, os autos receberão apenas um número, embora a distribuição seja necessariamente por dependência à anterior investigação, caso exista inquérito policial em andamento e já distribuído, ficando dispensada a medida, caso a investigação esteja sendo conduzida apenas pelo Ministério Público por meio de procedimento investigatório criminal, dado que este não é distribuído judicialmente até o oferecimento da denúncia ou seu arquivamento.

O prazo para o magistrado decidir sobre a homologação judicial é de 48 horas,⁷⁸⁸ prazo este que, tal como os demais que se relacionam com a atividade jurisdicional, é impróprio, não acarretando qualquer nulidade processual quando excedido, com exceção de eventual sanção disciplinar quando imotivadamente ultrapassado.

Sempre que possível, os atos de colaboração deverão ser registrados por mídia digital com a finalidade de se obter a maior fidelidade possível das informações prestadas. Em face ao baixo custo e grande qualidade da atual tecnologia de gravação digital de imagens, não se concebe que os atos de colaboração sejam registrados por meios diversos do audiovisual, pois a gravação audiovisual veicula de forma mais fiel possível as informações prestadas pelo colaborador, inclusive, o tom de voz empregado, forma de olhar e se portar, enfim, elementos que sempre contribuem para a análise da credibilidade das declarações.

5.2.7 Extinção do acordo

⁷⁸⁷ Art. 7º, caput, da Lei 12.850/13.

⁷⁸⁸ Art. 7º, § 1º, da Lei 12.850/13.

O acordo de colaboração premiada ostenta natureza de negócio jurídico bilateral, e, em assim sendo, pode ser extinto por causas supervenientes ou rescindido por vícios de origem, em que pese a reprovável omissão do legislador nesta matéria.

Como anota Nelson Rosenvald, a rescisão do contrato decorre da desconstituição das obrigações em razão de “vício inerente ao próprio objeto da relação obrigacional”, ou seja, de obrigações que nascem com um vício de origem, que leva à sua nulidade. Prossegue o civilista, anotando que a extinção do contrato por causas supervenientes à contratação original ocorre por meio de distrato, que é o negócio jurídico bilateral destinado à extinção do contrato com efeitos *ex nunc*, ou pela resilição, que é o direito potestativo da parte impor a extinção do contrato sem que possa o outro contratante opor-se, ou pela sua resolução, que decorre da inexecução das obrigações por um dos contratantes.⁷⁸⁹

Este é o regime geral da extinção dos contratos previstos na lei civil, que pode ser aplicado ao regime do acordo de colaboração premiada, com algumas modificações próprias deste regime jurídico específico.

Em relação à rescisão do acordo de colaboração premiada, esta é configurada quando o juiz rejeita a homologação do acordo quando não preenchidos os requisitos legais, em especial a existência de vício sobre a voluntariedade do colaborador. A ausência de homologação judicial afasta qualquer efeito jurídico do acordo firmado, importando, pois, em sua extinção, impondo-se realizar-se novo acordo de colaboração premiada.

É certo que não há qualquer óbice a que às partes contratantes firmem distrato para por fim ao acordo anteriormente realizado, mas tal hipótese não encontra amparo na prática forense, ostentando apenas interesse acadêmico. De qualquer forma, seguindo a exigência do art. 472 do Novo Código Civil, entendemos que o distrato também depende de homologação judicial para sua eficácia.

A resilição do acordo por manifestação de apenas uma das partes não é possível, porquanto não há, no regime de colaboração premiada, a sujeição de uma das partes a outra, pressuposto do direito de resilir.⁷⁹⁰

⁷⁸⁹ ROSENVALD, Nelson. Comentário aos arts. 472 a 474 do Novo Código Civil. In: PELUSO, Cesar (coord). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007, p. 365-367.

⁷⁹⁰ Em termos de justiça consensual, a Corte de Cassação italiana reconhece que o acordo firmado entre o Ministério Público e a defesa por meio do consenso não é revogável por vontade de nenhuma das partes: “E’, infatti, principio consolidato che l’accordo tra l’imputato e il pubblico ministero costituisce un negozio giuridico processuale recettizio, che, una volta pervenuto a conoscenza dell’altra parte e quando

A previsão do art. 4º, § 10º, da Lei 12.850/13, diz respeito à fase das tratativas, como se depreende da palavra “proposta”, ou seja, refere-se ao direito de qualquer uma das partes⁷⁹¹ a, antes da celebração formal do termo de colaboração premiada, retratar-se da proposta.⁷⁹² Não autoriza a norma o direito potestativo de, após a celebração do termo de colaboração premiada, impor a outra parte a extinção do acordo, pois não se refere a acordo, mas a mera proposta. Assim, as partes podem retratar-se da proposta apenas antes da homologação judicial.

Acaso assim fosse, bastaria o Ministério Público firmar o acordo com o colaborador, obter dele todos os elementos probatórios em relação terceiros e em seguida, mesmo após a homologação judicial, resilir o acordo, perdendo apenas parte do acesso às provas autoincriminatórias, mas mantendo em seu poder as provas em relação a terceiros, que, inclusive, podem ser mais influentes na organização criminosa; tudo isso gerando a situação imoral do colaborador ter prestado sua colaboração, mas por ação de má-fé do Estado perder o direito ao prêmio que teria direito, o que não pode ser admitido.

Por outro lado, a possibilidade de rescisão por parte do colaborador poderia incentivar o crime organizado a ameaçar ou subornar o colaborador para desistir da colaboração, razão pela qual, além de não contar com apoio legal, não se mostra razoável admitir-se sua possibilidade.

A garantia constitucional ao *nemo tenetur si detegere* não autoriza o direito de resilir o acordo, isto é extinguir os efeitos jurídicos do acordo por mera vontade do colaborador em relação à persecução penal sem qualquer sanção processual ou administrativa. No entanto, esta garantia, como já visto neste trabalho,⁷⁹³ autoriza o colaborador a negar-se a qualquer tempo a continuar a cooperar com o Estado e, desta

questa abbia dato il proprio consenso, diviene irrevocabile e non è suscettibile di modifica per iniziativa unilaterale dell'altra, in quanto il consenso reciprocamente manifestato con le dichiarazioni congiunte di volontà determina effetti non reversibili nel procedimento e, pertanto, né all'imputato né al pubblico ministero è consentito rimetterlo in discussione”(ITALIA. Corte Suprema de Cassação. Sez. 6, num. 26633/16. Julgado em 12 mai. 2016. Disponível em:< <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=./20160628/snpn@s60@a2016@n26633@tS.clean.pdf>>. Acesso em 16 out. 2016)

⁷⁹¹ Entendemos que esta retratação da proposta não está fundada no direito ao silêncio, pois também é atribuído ao órgão acusador, que não é titular do direito de silêncio. Assim, está fundada na liberdade de contratar trazida pela lei tanto ao imputado quanto ao órgão acusador.

⁷⁹² Contra: Greco Filho entende o conceito de proposta como se fosse o próprio acordo de colaboração premiada, que daria ensejo à retratação por uma das partes (GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41; NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.60; BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.135-136).

⁷⁹³ Item 4.2.1

maneira, autoriza a ele resolver o acordo de colaboração, assumindo, todavia, os ônus do descumprimento do acordo, sem que, contudo, o Estado perca o direito a usar os elementos de prova já produzidos, o que ocorre parcialmente com a retratação da proposta.

A resolução do acordo de colaboração premiada pode ocorrer pela inexecução das obrigações assumidas pelo Estado ou pelo colaborador. Em relação ao Estado, este descumprimento pode atingir desde as obrigações assumidas de proteção ao colaborador e de sua família até a realização de condutas contrárias às promessas de prêmios legais previstos no acordo, como a postulação pela condenação do colaborador sem os prêmios legais. Já em relação ao colaborador, a inexecução de suas obrigações concernentes principalmente ao dever de colaborar com a persecução penal, podendo deixar de cumprir seus compromissos de indicar os elementos probatórios úteis à persecução penal, ou, ainda, prestar declaração falsa quando chamado a prestar depoimento, violando seu dever para com o objeto do acordo, que é a colaboração eficaz com a persecução penal, como já visto neste trabalho.⁷⁹⁴

Descumprindo com seus compromissos assumidos, o colaborador perde os direitos aos prêmios legais, bem como as medidas de proteção eventualmente a ele asseguradas no acordo, prosseguindo-se na persecução penal, mantendo todos os efeitos do acordo em relação às provas autoincriminatórias produzidas e as relativas a terceiros produzidas a partir da colaboração.

Por outro lado, não obstante a omissão legal, e em face à natureza de negócio jurídico do acordo firmado, a inexecução das obrigações por parte do Estado gera ao colaborador o direito de se socorrer ao Poder Judiciário para buscar o compulsório cumprimento em juízo, tal como é próprio do regime jurídico de direito privado, em especial em relação à execução das medidas de proteção, permitindo-lhe, ainda, requerer a extinção dos efeitos do acordo, caso seja de seu interesse.⁷⁹⁵

Nesta hipótese, entendemos que, visando assegurar ao equilíbrio do sinalagma obrigacional, como sanção pelo descumprimento do acordo por parte do Estado as provas autoincriminatórias trazidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas pelo Estado para

⁷⁹⁴ Capítulo quatro.

⁷⁹⁵ Na jurisprudência americana há uma tendência a considerar o descumprimento das condições pelo Estado como geradora apenas da anulação do *guilty plea*, cabendo ao acusado duas opções: a aceitação de nova proposta do prosecutor ou a submissão ao julgamento, havendo vozes na doutrina que consideram que o réu poderia executar o acordo descumprido, salvo se ilegal (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 48-49)

embasar a condenação do colaborador, de forma análoga quando ocorre a retratação da proposta (art. 4º, § 10, da Lei 12.850/13). Além disso, outra consequência advinda deste descumprimento é, porque decorrente de um ilícito processual, tornar ilícito processualmente a admissão dos demais elementos de prova trazidos pelo colaborador, bem como os dele derivados, com fundamento no art. 157 do Código de Processo Penal, a fim de não incentivar o Estado a apenas “usar” o colaborador, descartando-o em seguida sem cumprir com os compromissos com ele assumidos.

O descumprimento de uma das partes deverá ser analisado pelo juiz, a pedido da parte prejudicada, ou em sentença, quando caberá ao magistrado impor as sanções legais cabíveis, bem como a adjudicar ao colaborador os prêmios legais a que faz jus.

Portanto, deve-se observar que o descumprimento das obrigações assumidas no termo de colaboração premiada não gera, em regra a extinção dos efeitos jurídicos do acordo no tocante à persecução penal, cabendo esta extinção apenas quando ocorrer descumprimento por parte do Estado e, mesmo assim, quando convier aos interesses do colaborador.

O descumprimento das obrigações do colaborador da justiça não gera a possibilidade de revisão criminal *pro societate*, ante a ausência de previsão legal neste sentido. No entanto, a medida não seria desarrazoada, pois na Itália é previsto no art. 16-*septies* da Lei 45/2001 duas possibilidades legais para que seja revisada em prol da sociedade benefícios concedidos ao colaborador, mesmo após o trânsito em julgado da decisão judicial: ter sido constatada a falsidade das declarações apurada posteriormente ou quando o acusado cometer nova infração penal na qual a manutenção da prisão em flagrante seja obrigatória ou seja inafiançável.⁷⁹⁶

Por fim, descabe a qualquer terceiro interessado, como os eventuais delatados ou corréus, legitimidade para requerer a extinção dos efeitos do acordo de colaboração premiada, cabendo apenas aos sujeitos que participaram do acordo esta faculdade legal,⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ “Art. 16-*septies*. - (*Restituzione nel termine e revisione delle sentenze*) –1. Il procuratore generale presso la corte d’appello nel cui distretto la sentenza è stata pronunciata deve richiedere la revisione della sentenza quando le circostanze attenuanti che il codice penale o le disposizioni speciali prevedono in materia di collaborazione relativa ai delitti di cui all’articolo 9, comma 2, sono state applicate per effetto di dichiarazioni false o reticenti, ovvero quando chi ha beneficiato delle circostanze attenuanti predette commette, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza, un delitto per il quale l’arresto in flagranza è obbligatorio.”

⁷⁹⁷ O Supremo Tribunal Federal assim reconheceu: “Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, é incabível pedido de terceiro estranho à colaboração premiada, para revogação de benefícios ajustados com delatores, porque a avaliação da veracidade das declarações somente pode ocorrer no

pois a defesa destes terceiros e eventuais delatados será exercida no processo ou procedimento investigatório principais contra os fatos increpados pelo órgão acusador, não podendo esta defesa interferir em benefícios legais concedidos a outrem.⁷⁹⁸

5.2.8 Efeitos

Em razão da complexa estrutura e natureza do instituto (meio de defesa e meio de obtenção de prova), a colaboração premiada concernente à persecução penal de organizações criminosas pode produzir efeitos endoprocessuais e extraprocessuais.

5.2.8.1 *Efeitos endoprocessuais*

Os efeitos endoprocessuais, isto é, aqueles que geram efeitos no próprio processo, são concernentes à suspensão do processo ou inquérito policial, bem como aos efeitos decorrentes de sua natureza de meio de defesa e como meio de obtenção de prova, analisados durante o decorrer deste trabalho, impondo-se o destaque neste tópico sobre a vinculação do juiz que adjudicará os prêmios legais ao acordo formulado.

âmbito das ações penais eventualmente propostas (HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 27.8.2015).”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Petição 5.885/DF. Julgado em 5 abr. 2016. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10785126>>. Acesso em 8 out. 2016)

⁷⁹⁸ "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 3. As cláusulas do acordo de colaboração, contra as quais se insurge o agravante, não repercutem, nem sequer remotamente, em sua esfera jurídica, razão por que não tem interesse jurídico nem legitimidade para impugná-las.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127483/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 27 ago. 2015. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 22 set. 2016.) No mesmo sentido: “não se mostra pertinente a discussão em torno de delação premiada oferecida aos citados Réus pelo Ministério Público, e homologada pelo respectivo Juízo, em outros autos. O que interessa para a ação penal em tela são seus efetivos depoimentos prestados, os quais foram cotejados com as demais provas pelo juiz da causa para formar sua convicção, sendo garantido ao ora Paciente o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Eventual nulidade desses acordos efetivados em outras ações penais – cuja discussão refoge aos limites de cognição deste writ –, ao meu sentir, não tem o condão de atingir os depoimentos tomados na presente ação penal.”(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 70.878 –PR. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 22 abr. 2008. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3812532&n_um_registro=200602582276&data=20080616&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 22 set. 2008)

Passemos inicialmente à suspensão prevista em lei.

Neste passo, importa distinguir ato de colaboração e medida de colaboração. Esta refere-se à conduta do Estado pela qual implementará medidas de proteção ao colaborador e buscará elementos sobre a credibilidade das informações do colaborador; já os atos de colaboração correspondem aos depoimentos formais prestados pelo colaborador, bem como outras condutas do colaborador em cooperar com os órgãos estatais na persecução penal, providenciando a juntada de documentos, sendo entrevistado informalmente, esclarecendo pontos ainda obscuros, enfim, fornecendo informações de uma das hipóteses previstas no art. 4º, caput, da Lei 12.850/13, ainda que de maneira informal, ajudando os investigadores a entender a dinâmica criminosa a cada novo elemento colhido.

A suspensão do processo ou do oferecimento de denúncia está prevista no art. 4º, parágrafo 3º, da Lei 12.850/13, que estipula a faculdade da suspensão do prazo para oferecimento de denúncia ou do processo, relativos ao colaborador, por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

O inquérito policial e o procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público também podem vir a ser suspensos, conforme se depreende da lei ao afirmar a possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento de denúncia.

A suspensão do processo pode ser decretada pelo juiz, mas a pedido do Ministério Público⁷⁹⁹ por um prazo máximo de 180 dias, prorrogáveis por igual período quando necessária para a implementação das medidas de colaboração, valendo a suspensão apenas para o colaborador e não para os demais réus ou investigados. Até por isso a mencionada suspensão pode gerar o desmembramento do processo para o réu-colaborador.

Não vige aqui a vinculação do juiz ao requerimento do Ministério Público, que pode deferir ou indeferir o pedido, fundamentando sua decisão, que desafia o recurso em sentido estrito.⁸⁰⁰ É de se ressaltar, no entanto, que se tratar de pedido de suspensão formulado em inquérito policial, o magistrado deve aplicar por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal, dado que o indeferimento da suspensão do prazo para oferecimento de denúncia acarreta de forma transversa a determinação para oferecimento

⁷⁹⁹ Art. 4º, § 3º, da Lei 12.850/13.

⁸⁰⁰ Art. 581, XVI, do Código de Processo Penal

de denúncia, o que colide com o próprio sistema acusatório de separação entre as funções de julgar e acusar.

Como observam Cunha e Pinto, a lei procura garantir um tempo hábil para que seja demonstrada para os órgãos de persecução penal a eficácia da colaboração prestada,⁸⁰¹ visando evitar o oferecimento de denúncia fundado em elementos falhos ou mesmo falsos. Entendemos, ainda, que neste prazo o Estado deve adotar as medidas de segurança ao colaborador, a fim de que tenha os direitos assegurados no art. 5º, da Lei 12.850/13 respeitados, antes do início da persecução penal ou antes de que seja apontado no processo já existente como colaborador, o que, de per si, já pode gerar risco à sua integridade.

A permissão da suspensão processual decorre da natural complexidade de fatos envolvendo uma organização criminosa, sendo por demais previsível que o colaborador prestará os atos de colaboração, que se protrairão no tempo, a fim de que sejam reunidos todos os elementos de prova necessários para o ajuizamento da ação penal.

Neste sentido, o ENCLA prevê que a norma de sobrestamento do feito vigorará

[...] até que se efetuam diligências que permitam à autoridade policial ou ao Ministério Público a certeza de sua veracidade, a adoção de providências para a identificação dos demais coautores ou partícipes e das infrações por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização criminosa, a real prevenção de outras infrações, a recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime e a localização de eventuais vítimas.⁸⁰²

Assim, a suspensão do processo e do prazo para o oferecimento de denúncia é justificada.

Verifica-se aqui uma semelhança com o prazo previsto no sistema italiano⁸⁰³ para que seja firmado o *verbale illustrativo*, que corresponde ao nosso termo de colaboração premiada, a contar da manifestação inicial do desejo de colaborar com a persecução penal. Naquele sistema, o objetivo é assegurar às partes tempo para as tratativas do acordo e o fornecimento das informações que constarão no termo. No caso brasileiro, diversamente, a

⁸⁰¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/13). 3 ed. Salvador: Ed. Juspodium, p. 56-57

⁸⁰² Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCLA. (BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. ENCLA. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/Ministerio_Publico_Santa_Catarina/manual-colaborao-premiada-jan14>. Acesso em 25 set. 2016.

⁸⁰³ Art. 16, quater do Dec. Legge 8/91.

suspensão pressupõe a realização do acordo de colaboração premiada, pois somente após à celebração do acordo é possível implementar as medidas de colaboração.

A suspensão do prazo seja para oferecimento de denúncia, seja do processo já instaurado, não altera, contudo, os prazos processuais previstos em relação a réus presos, mesmo que colaboradores, na medida em que continua a incidir no caso o princípio constitucional da duração razoável do processo, sendo certo que, tendo a lei fixado o prazo para ulatimação da instrução criminal do processo envolvendo crime de organização criminosa em 120 dias,⁸⁰⁴ prorrogáveis por igual período, o colaborador não pode permanecer preso aguardando as investigações oficiais por maior tempo do que aquele destinado à conclusão de toda a instrução, sob pena de claro constrangimento ilegal

Nos termos da lei, a suspensão do processo gera a suspensão do prazo prescricional.

O legislador adotou aqui a mesma técnica processual em relação a outra forma de colaboração premiada, a saber: o acordo de leniência. Nesta, a teor do art. 87 da Lei 12.529/11, enquanto houver prazo para a implementação de medidas pelo imputado relacionadas à infração de ordem econômica, determina o dispositivo legal a suspensão do prazo prescricional em relação a estes crimes e a aqueles relacionados ao cartel, como os crimes praticados contra licitações e associação criminosa, ficando obstada a possibilidade de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

A suspensão prevista no acordo de leniência é justificada por suas peculiaridades, porquanto o cumprimento do acordo gera a extinção da punibilidade do agente em relação aos crimes mencionados, não sendo, pois, razoável permitir ao Ministério Público o oferecimento de denúncia e em seguida ser a punibilidade extinta por fato anterior já de conhecimento do órgão acusador. Da mesma forma, não seria razoável impedir o ajuizamento da ação penal, sem que a prazo prescricional também fosse suspenso, a fim de garantir a equidade para ambas as partes. Além disso, o curso natural de um acordo de leniência é a extinção da punibilidade criminal após a suspensão do prazo prescricional. Já na sistemática da lei 12.850/13, o curso natural após a suspensão do prazo prescricional é o oferecimento de denúncia ou o prosseguimento da ação penal, conforme o caso.

⁸⁰⁴ Art. 22, parágrafo único, da Lei 12.850/13.

E em razão da sistemática legal, embora a suspensão do processo e/ou das investigações seja razoável e adequada, não entendemos assim em relação ao prazo prescricional.

Isto porque, ao contrário da hipótese mencionada no art. 87 da Lei 12.529/11 ou do art. 366 do Código de Processo Penal ou do art. 83, parágrafo 2º, da Lei 9.430/96, a faculdade do Ministério Público ingressar com a ação penal não está obstada ou reduzida por fato de terceiro. Em verdade, o prazo da suspensão em comento apenas garante ao Estado maior tempo de investigação, sem que exista qualquer óbice de fato ou de direito a justificar a excepcional suspensão do prazo prescricional, até porque o Ministério Público pode a qualquer tempo requerer o levantamento da suspensão. Desta maneira, no tocante à suspensão da prescrição não é razoável a estipulação legal,⁸⁰⁵ que comporta modificação pelo legislador.

É de notar, ainda, que a fase de negociação para a celebração do acordo de colaboração premiada tem claro reflexo no direito de punir do Estado e no desate da sentença de mérito. Assim, mesmo diante da lacuna legal, esta fase deve ser compreendida como questão prejudicial homogênea, porquanto condiciona o conteúdo da decisão final e está vinculada ao mesmo ramo do Direito. Embora a questão não envolva a existência da infração penal, como exige o art. 93 do Código de Processo Penal, entendemos ser aplicável de forma analógica o dispositivo de lei, a fim de que seja suspenso o processo até que seja resolvida a tratativa, com ou sem êxito. Com esta cautela, evita-se que o imputado seja prejudicado pela eventual demora na tratativa, consignando-se que a questão possui grande relevância, pois após a prolação de sentença, como já visto, há uma importante redução nos prêmios legais passíveis de concessão.

Outro efeito endoprocessual relativo ao acordo de colaboração premiada é a vinculação do juiz competente para a adjudicação do prêmio legal aos termos do acordo de colaboração premiada.⁸⁰⁶

⁸⁰⁵ Contra : CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/13). 3 ed. Salvador: Ed. Juspodium, p. 60-61.

⁸⁰⁶ No mesmo sentido, Mendroni observa que: “O acordo diminui, por assim dizer, o âmbito de discricionariedade do juiz na aplicação da pena. Não fosse assim, o instituto restaria enfraquecido e fragilizado a tal ponto que poucos se aventurariam em colaborar, sabendo que tudo poderia ser revisto e alterado conforme entendimentos diversos de interpretação de mérito, o que não se pode admitir. O colaborador deve ter segurança jurídica no sentido de saber que a sua pena será aplicada dentro dos termos prefixados no acordo.”(MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 6ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 172). Contra: Vicente Greco assevera que: “O acordo é, portanto, apenas uma proposta, de que poderá constar o possível benefício a ser aplicado, mas que não

Embora já tenhamos discorrido que o direito aos prêmios legais não constitui direito subjetivo do imputado, a partir do momento em que ocorre a celebração do acordo de colaboração, o prêmio passa a integrar o patrimônio jurídico do colaborador, ainda que seja condicionado a um evento futuro, a saber, a constatação da eficácia da colaboração premiada. É dizer, portanto, que após a celebração do acordo de colaboração premiada, o colaborador, por ter ingressado no regime jurídico da colaboração, passa a ostentar o direito público subjetivo aos prêmios legais, ainda que de forma condicional.

O direito público subjetivo em questão é integrado tanto pelas medidas de colaboração quanto pela consequência jurídica *in concreto* de sua cooperação processual, que deve estar devidamente descrita no acordo de colaboração, até porque o legislador operacionalizou o sistema de colaboração premiada em função do prêmio legal.

Corolário deste direito público subjetivo é o reconhecimento de que o colaborador somente pode ser afastado deste direito, já delimitado em sua consequência jurídica mais relevante – a concessão do prêmio legal - em caso de descumprimento das obrigações assumidas ou pela ineficácia de sua colaboração.

Ou de outro modo: em razão da complexa estrutura legal criada pelo legislador para conferir segurança ao colaborador e ao mesmo tempo atribuir ao Estado um instrumento de persecução penal moderno e eficiente, não se pode admitir que os prêmios previstos no acordo de colaboração possam ser alterados pelo juiz competente para sua adjudicação, atingindo um dos pontos cardeais do sistema legal da colaboração premiada: a confiança do colaborador no Estado.⁸⁰⁷

Note-se que caso inexista a confiança do colaborador em receber os prêmios legais, dificilmente o instituto da colaboração alcançará sua finalidade de contribuir para o desenvolvimento da persecução penal de organizações criminosas, pois sem a segurança jurídica da certeza do prêmio em caso de eficácia da colaboração poucos imputados buscarão a cooperação com a Justiça, arriscando-se a sofrer represálias pelo crime organizado, inclusive com risco à sua integridade física e de seus familiares.

vincula o juiz da sentença, nem mesmo se ele próprio tenha homologado o acordo.”(GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41).

⁸⁰⁷ Neste sentido Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva afirmam que no acordo de colaboração: “O Estado também assume obrigações, e uma delas é justamente conceder os prêmios nos moldes do que foi pactuado e devidamente homologado pelo juiz. Não haveria sentido à homologação se não vinculasse o Poder Judiciário.”(GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 283)

O acordo, como instrumento de garantia dos direitos do colaborador, bem como de seus deveres para com o Estado, deve ser respeitado pelo Estado-Juiz pelo próprio dever constitucional da moralidade pública.

Neste sentido, é a dicção do art. 4º, §11º, da Lei 128501/13 ao declarar que o juiz deverá apreciar os termos do acordo de colaboração, bem como seus efeitos, quando da prolação da sentença. A melhor exegese deste texto legal, fundado na análise sistemática da colaboração premiada instituída pela lei, é aquela que indica que o acordo gera efeitos vinculantes à sentença, devendo ser obrigatoriamente cumprido pelo Estado após a valoração da eficácia do acordo, isto, da eficácia da colaboração prestada.

Evidentemente, a valoração dos atos de colaboração caberá ao juiz competente para a adjudicação dos prêmios, que deverá reconhecer, com fundamento nos elementos probatórios existentes nos autos a (in)eficácia da cooperação prestada. No entanto, reconhecida a eficácia desta colaboração, não poderá o Poder Judiciário modificar o que foi acordado pelas partes, sob pena de indevida intervenção judicial nos efeitos do negócio jurídico.

Na Itália, a jurisprudência reconhece que a negação à pena acordada com o Ministério Público configura uma forma de modificação *in pejus* pelo Poder Judiciário⁸⁰⁸ em detrimento da justa expectativa do imputado, raciocínio aplicável também à colaboração premiada pátria.

O Poder Judiciário não fica alijado dos poderes próprios da jurisdição, porquanto este trabalha segundo os cânones legais e constitucionais, ou seja, a atuação jurisdicional sempre é limitada por balizas jurídicas, tal como as penas criminais de forma geral, que já são fixadas previamente pelo legislador. E no caso da colaboração premiada o sistema legal prevê outra baliza, além daquela prevista na lei penal: as balizas jurídicas previstas pelas partes decorrente da própria lógica negocial do sistema de cooperação processual tratado na Lei 12.850/13.

⁸⁰⁸ “*Nel patteggiamento il rapporto negoziale intercorso tra le parti preclude al giudice di applicare una pena diversa da quella concordata in quanto la modifica "in peius" del trattamento sanzionatorio, sia pure nei limiti della misura legale, altera i termini dell'accordo ed incide sul consenso prestato dall'imputato (Sez. 5, n. 1743 del 19/04/1999, Rv. 213210; Sez. 3, n. 3030 del 17/10/2001, Rv. 220913; Sez. 5, n. 40840 del 20/09/2004, Rv. 230216; Sez. 5, n. 46790 del 25/10/2005, Rv. 233033).*” (ITALIA. Corte Suprema de Cassação. Sez. 3 Num. 37103/2015. Julgado em 18 jun. 2015. Disponível: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=./20150916/snpn@s30@a2015@n37103@tS.clean.pdf>>. Acesso em 21 out. 2016)

Além disso, o Poder Judiciário participa de forma relevante para a formação da compulsoriedade do acordo, na medida em que esta qualidade do acordo será gerada apenas com a própria aprovação do Poder Judiciário por meio da necessária e imprescindível homologação.⁸⁰⁹

Portanto, em face das garantias que deve ostentar o colaborador e em face da moralidade pública decorrente do dever de cumprir suas obrigações, o Poder Judiciário fica vinculado, quando da adjudicação do prêmio, ao quanto estipulado no acordo de colaboração.⁸¹⁰

5.2.8.2 Efeitos extraprocessuais

Como extraprocessuais, entendemos os efeitos que transcendem os limites do processo (ou procedimento de investigação) no qual o acordo de colaboração premiada foi firmado.

Estão incluídos entre estes efeitos as medidas de proteção ao colaborador, como a preservação de sua integridade, separação de outros integrantes da organização criminosa, dentre outras previstas em especial no art. 7º da Lei 9807/99.

Além disso, em face às características da persecução penal contra o crime organizado, em que pode haver pluralidade de integrantes da organização criminosa, com

⁸⁰⁹ Como anotam Sanches Cunha e Batista Pinto: “Tampouco aproveita a tese de que a colaboração subtrairia do Poder Judiciário sua vocação natural para conhecer do feito e julgar o réu. Não pelo menos no sistema introduzido pela lei. É que, apesar das tratativas de acordo envolverem acusação e defesa (§ 6º abaixo), cabe ao Magistrado a última palavra, já que a ele é dado recusar a proposta (§ 8º abaixo). Ademais, para que se conceda o perdão ou a redução da pena, é preciso que, antes, tenha transcorrido um processo. Nada impede, nessa linha de raciocínio, que o juiz absolva o colaborador, considerando, por exemplo, a fragilidade da prova. Ou que o condene, aplicando os benefícios advindos da colaboração. Mas, em ambos os casos, será proferida uma sentença, motivo pelo qual não vislumbramos qualquer amesquinamento na função primordial do Poder Judiciário.” (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/13)*. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodium, p.39)

⁸¹⁰ “[...]”a partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o réu delator assume uma postura incomum: afastar-se do próprio instituto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau de relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome da moralidade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99.736/DF. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em 27 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611540>>. Acesso em 12 out. 2016)(grifo do autor).

muitos níveis hierárquicos e núcleos com especializações em atuações criminosas distintas entre si,⁸¹¹ constata-se que um mesmo acordo de colaboração premiada pode gerar colaboração efetiva na persecução penal de núcleos distintos de atuação da organização criminosa.

Assim, um colaborador pode em razão do mesmo acordo indicar o nome do executor de um dos homicídios praticados pela organização que tinha sido arquivado por falta de indícios de autoria, além de confirmar a ilicitude de valores apreendidos na casa de um dos integrantes da organização criminosa que já estava sendo processado criminalmente, além de revelar os planos da organização para um transporte de grande quantidade de drogas que estava ocorrendo, de forma a permitir a prisão em flagrante de alguns integrantes da organização.

Ou seja, o acordo de colaboração premiada pode gerar efeitos probatórios em relação a inquéritos policiais sequer iniciados, em andamento ou até mesmo já arquivados, bem como em processos pendentes, havendo, outrossim, a possibilidade de que inclua crimes que não guardem qualquer relação com aqueles fatos investigados, sendo alheios ao objeto da investigação inicial.

Em decorrência disto, o acordo pode, ainda, produzir, além de efeitos probatórios, efeitos relacionados à modificação da competência jurisdicional pelos fenômenos da conexão e continência.

Importa aqui efetuar breves considerações sobre a conexão e a continência no processo penal. De fato, de forma geral a conexão e a continência são critérios que modificam a competência jurisdicional *in abstracto*, determinando a reunião em um mesmo processo do julgamento de infrações penais diversas ou mais de um agente,⁸¹² estando estas hipóteses previstas nos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal.

As normas de conexão e continência não indicam, *de per se*, a competência do juízo competente, pois dependem das normas de competência em razão da matéria, por prerrogativa de função e da competência territorial para tal mister, atuando as normas de

⁸¹¹ Podem ser citados os exemplos de núcleo voltado para a prática fraudes em licitações, núcleos voltados para o aliciamento e corrupção de servidores públicos, núcleo voltado para a prática de atos de intimidação violenta e execução de ordens do comando para a prática de crimes violentos, núcleo responsável pela lavagem de capitais, dentre outros, estando todos eles submetidos ao núcleo de pessoas líder da organização criminosa.

⁸¹² GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182.

conexão e continência apenas de forma supletiva, não sendo critérios de fixação de competência.⁸¹³

O art. 76 do Código de Processo Penal prevê as seguintes hipóteses de conexão: a) conexão intersubjetiva, que se configura ou pela simultaneidade (quando duas ou mais infrações são praticadas ao mesmo tempo por várias pessoas reunidas) ou pelo concurso de infrações praticado em concurso de agentes ou pela reciprocidade quando duas ou mais infrações penais foram praticadas por várias pessoas umas contra as outras; b) conexão objetiva, que ocorre quando mais de uma infração penal for praticada para facilitar ou ocultar outras infrações ou para conseguir a impunidade ou vantagem em relação a qualquer das infrações, bastando para tanto um sentido finalístico entre as infrações; c) a conexão instrumental ou probatória, que se configura quando a prova de uma infração ou de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração, entendendo parte da doutrina que esta conexão apenas de aperfeiçoa quando houver manifesta prejudicialidade homogênea, isto é, quando ocorrer uma relação entre os delitos de prejudicialidade, tal como há entre o crime de furto e receptação, tudo de forma a delimitar o amplo conceito de “influir” previsto no inciso III, do art. 76 do Código de Processo Penal.⁸¹⁴

Já a continência está prevista no art. 77 do Código de Processo Penal, configurando-se as seguintes hipóteses: a) concurso eventual ou necessário de agentes; b) hipóteses de *aberratio ictus*, concurso formal de crimes e *aberratio criminis*, que são caracterizadas pela identidade da *causa petendi* ou da unidade da conduta.⁸¹⁵

Caracterizadas quaisquer das hipóteses de conexão e continência haverá o mesmo efeito: determinar a reunião dos processos para julgamento conjunto, justificando-se o instituto para mitigar a possibilidade de decisões conflitantes sobre um mesmo fato, permitir o compartilhamento probatório relativo aos crimes em um mesmo processo, aproveitando-se os atos processuais, visando dar uma melhor eficiência e eficácia da jurisdição penal,⁸¹⁶ e, ainda, propiciando uma reconstrução unitária dos fatos, permitindo

⁸¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 251.

⁸¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 251-252

⁸¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363.

⁸¹⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ed. ver. e ampl. Atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 285-286.

ao julgador uma visão completa do fato criminoso, cumprindo, pois, “uma finalidade epistemológica de “completude do acerto da verdade””.⁸¹⁷

Em face à reunião de processos, que somente podem ser unidos até a prolação de sentença,⁸¹⁸ surge a questão de qual será o juízo prevalente, ou seja, qual será o juiz competente para julgar a reunião de processos quando se tratar de juízos diversos.

Resolvendo a questão, o art. 78 do Código de Processo Penal determina sobre o juízo prevalente que: a) quando houver concorrência da jurisdição do Tribunal do Júri sobre outras prevalecerá a competência do Júri,⁸¹⁹ dado que ostenta dignidade constitucional; b) no concurso de jurisdições da mesma categoria, prevalecerá, de forma sucessiva, a competência do juízo do lugar da infração a que for cominada pena privativa de liberdade mais severa; caso as penas sejam iguais, prevalecerá a do local em que tiver ocorrido o maior número de infrações; pela prevenção nos demais casos; c) no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação, isto é, a de mais elevada instâncias: caso o crime seja de competência originária do Superior Tribunal de Justiça (por exemplo crime comum praticado por governador de Estado), esta prevalece sobre a competência originária do Tribunal de Justiça (por exemplo, crime praticado por prefeito municipal) caso exista a conexão ou continência entre tais delitos; d) no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta última, consignando-se que a justiça federal e a justiça estadual são jurisdições comuns, enquanto a justiça militar⁸²⁰ e a justiça eleitoral são especiais.

Em relação ao concurso de infrações cuja competência originária recaia sobre a Justiça Estadual e a Justiça Federal, há entendimento jurisprudencial sumulado no sentido

⁸¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 249.

⁸¹⁸ O art. 82 do Código de Processo Penal prevê a avocação do processo pelo juízo prevalente, salvo se houver sentença definitiva, que é entendida como a sentença de primeiro grau. Neste sentido, a Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”. O Supremo Tribunal Federal reconheceu sobre a finalidade da conexão: “O primeiro inciso {do art. 76 do Código de Processo Penal} trata da conexão intersubjetiva, onde a lei processual penal preocupa-se em afastar a possibilidade de decisões contraditórias; o segundo da conexão teleológica, para permitir o exame dos fatos e da responsabilidade penal em maior extensão e profundidade; e o terceiro da conexão probatória, com finalidade única de permitir melhor exame do acervo probatório, isto é, quando a prova de uma infração puder influir na prova de outra”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 120379/RO. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 26 ago. 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026617>>. Acesso em 26 set. 2016).

⁸¹⁹ Consigne-se que é possível ocorrer o Júri presidido por juiz federal.

⁸²⁰ Embora especial, a justiça militar não mais julga civis pela prática de crimes comuns (art. 79, I, do Código de Processo Penal e Súmula 90 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele”

de que prevalece nesta hipótese a competência da Justiça Federal,⁸²¹ com o que discordamos, na medida em que ambas as Justiças são comuns e estão previstas constitucionalmente, com suas competências delimitadas no texto constitucional, ainda que a Justiça Estadual ostente uma competência bem mais alargada. Assim, sendo juízos da mesma categoria e instância, mostrava-se mais adequado os limites normativos trazidos pelo art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal.⁸²²

Não ocorrerá a reunião de processos em casos de conexão e continências quando estiver presente as hipóteses do art. 79 e 80 do Código de Processo Penal em que as infrações tenham sido praticadas em circunstâncias temporais ou de lugar diversas, se houver número excessivo de réus ou a fim de evitar o prolongamento em demasia da prisão cautelar de algum dos réus, sendo possível, ainda, a separação dos processos pela superveniência de doença mental a algum dos acusados, ou se houver corréu foragido que não possa ser julgado à revelia.

Configurada a conexão ou continência, o juiz pode *ex officio* reconhecer sua incompetência e remeter os autos ao juízo prevalente,⁸²³

Ante a natureza de meio de obtenção de prova e dada as peculiaridades da persecução penal contra o crime organizado, a colaboração premiada em sua fase de confirmação e execução poderá gerar a colheita de elementos probatórios acerca de crimes desconhecidos da autoridade policial e do Ministério Público oficiantes quando da celebração do acordo.

E a competência para a apreciação destes delitos pode ser a mesma do juízo que homologou o acordo; mas pode também recair sobre outro juízo, como seria o exemplo de um acordo de colaboração premiada homologado pela Justiça Federal em que se revela a prática de crimes de competência da Justiça Estadual que ali já estão sendo objeto de processo em trâmite.

⁸²¹ Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal.”

⁸²² Gustavo Badaró, embora concorde com a crítica à mencionada Súmula, sugere solução diversa: “Assim, se a Constituição prevê, como no caso do art. 109, um rol de competências taxativas, e não estabelece que a tal Justiça compete julgar aqueles crimes e os que lhe sejam conexos, a solução será a disjunção do processo, permanecendo sob competência de tal justiça apenas e exclusivamente sua competência constitucional.”(BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 262).

⁸²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ed. ver. e ampl. Atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 286.

Havendo a descoberta de elementos probatórios relativos à novos crimes, poderá ocorrer a reunião de processos em decorrência do acordo de colaboração premiada, com a modificação da competência jurisdicional. Isto porque com a vinda dos novos elementos probatórios poderão estar configuradas as hipóteses de conexão e continência. Neste passo, a conexão instrumental, ou seja, aquela jungida ao objetivo de facilitar a colheita de provas e gerar economia processual, deve ser analisada com muita prudência em casos envolvendo a colaboração premiada.

De fato, em função da elevada potencialidade de gerar a produção de elementos probatórios, a colaboração premiada poderá revelar a prática de crimes praticados em outras comarcas, estados e até mesmo outros países, dado ao fenômeno da internacionalização do crime organizado, o que, caso prestigiado em demasia a conexão instrumental, poderia gerar um verdadeiro “juízo universal” pelo juízo que homologou o acordo de colaboração premiada. Este “juízo universal” usurparia a competência dos demais juízes competentes, violando a garantia constitucional do juiz natural.

O parâmetro adequado para o justo equilíbrio entre a conexão instrumental na seara da colaboração premiada em sede de persecução penal contra o crime organizado é se reconhecer que a modificação de competência deve ser reconhecida apenas nas hipóteses de manifesta prejudicialidade homogênea acima mencionada ou de que a prova produzida seja decisiva na prova de outros delitos, impondo-se um caráter restritivo à possibilidade de modificação de competência pela conexão em processos deste jaez.

Vale a advertência do Supremo Tribunal Federal de que a descoberta de novos elementos sobre outros crimes não gera, de per si, a fixação de competência pela prevenção:

De toda sorte, ainda que válidos os elementos de informação trazidos pelo colaborador, relativamente a outros crimes que não sejam objeto da investigação matriz, há que se ressaltar que o acordo de colaboração, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência. Vale dizer: ainda que o agente colaborador aponte a existência de outros crimes e que o juízo perante o qual foram prestados seus depoimentos ou apresentadas as provas que corroborem suas declarações ordene a realização de diligências (interceptação telefônica, busca e apreensão etc.) para sua apuração, esses fatos, por si só, não firmam sua prevenção.⁸²⁴

⁸²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4130/QO/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 23 set. 2015. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10190406>>. Acesso em 25 set. 2016.

Portanto, a colaboração premiada em si mesma não é diretamente critério de modificação ou determinação da competência, posto não estabelecida em lei como tal; contudo, as provas dela decorrentes sobre crimes conexos ou abrangidos pela continência podem gerar a modificação de competência, razão pela qual de forma indireta pode gerar a modificação de competência, vindo a atingir outros processos ou inquéritos policiais, sendo estes um dos possíveis efeitos extraprocessuais indiretos do acordo.

Outros efeitos extraprocessuais do acordo de colaboração premiada referem-se aos prêmios legais que geram efeitos penais, que transcendem à relação jurídico-processual, tal como a redução de pena, ou a própria modificação da forma de execução da pena cominada em outros processos.

Estes prêmios podem abarcar um ou mais processos relativos a crimes praticados pelo colaborador junto com outros integrantes da organização criminosa. Desta maneira, o colaborador que praticou muitos delitos e que já está sendo processado ou investigado por tais delitos, muitas vezes por meio de processos ou inquéritos distintos, poderá celebrar acordo de colaboração premiada em um deles, não havendo óbice a que este acordo gere efeitos em todos os processos nos quais figure como imputado, podendo ser estipulado redução de pena relativo a todos os delitos, por exemplo. Em verdade, a própria natureza de desdobramento do exercício da ampla defesa, autoriza a que a colaboração premiada possa gerar efeitos penais para além do processo em que foi formulada.

Para tal finalidade, deve haver a homologação pelo juízo competente do crime originário, que valerá para todos os demais processos, desde que seja ele o juízo prevalente em decorrência das normas de modificação de competência relativas à conexão e continência; caso contrário, o acordo não poderá gerar efeitos jurídicos nos demais processos, devendo ser homologado por cada um dos juízes que conduzem tais processos para que gere seus jurídicos efeitos.

Outra condição é que o órgão do Ministério Público que tenha firmado o acordo de colaboração premiada ostente atribuição constitucional para atuar nos processos penais conexos. Diz-se atribuição constitucional, porque a diversidade de atribuições funcionais não macula o acordo, dada ao princípio da unidade do Ministério Público, pelo qual “os órgãos do Ministério Público atuam como parte de um todo indivisível e não como órgãos isolados”,⁸²⁵ podendo substituir-se sucessivamente, pois falam sempre pela instituição e

⁸²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n.

não em nome individual.⁸²⁶ Assim, um promotor de justiça estadual não poderá firmar acordo de colaboração premiada que preveja a colaboração em crimes cuja atribuição para investigação e persecução penal recaia sobre a Procuradoria da República, ou vice-versa, na medida em que o princípio da unidade do Ministério Público não se aplica aos ramos distintos da instituição quando em si mesmo considerados.⁸²⁷

Nesta hipótese, os atos de colaboração deverão ser prestados em cada um dos processos como forma de obtenção dos prêmios legais.

Destarte, o acordo de colaboração premiada, dada à multiplicidade de crimes praticados pelos integrantes da organização criminosa, potencialmente possui um efeito transversal no tocante a todos os crimes, e consequentes processos correspondentes, vindo a projetar reflexos jurídicos muito além das fronteiras do processo em que foi celebrado.

5.3 O FORTALECIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme já aludido, o acordo de colaboração premiada é uma das facetas da justiça consensual, ostentando suas raízes no *adversarial system*, no qual o *plea bargaining* desponta como um dos seus mais usados mecanismos de resolução dos crimes.⁸²⁸

O *adversarial system* ostenta características específicas, a saber, um juiz neutro e passivo; iniciativa instrutória das partes processuais e um ambiente jurídico altamente estruturado. A passividade do juiz é imprescindível para garantir sua neutralidade em relação aos fatos alegados pelas partes, evitando-se os riscos de pré-julgamento da causa decorrentes da iniciativa. Por outro lado, a iniciativa probatória das partes visa afastar a

12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 401

⁸²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 401

⁸²⁷ Como aduz Pedro Lenza: “[...] sob a égide de um só Chefe, o Ministério Público deve ser visto como uma instituição única, sendo a divisão existente meramente funcional. Importante notar, porém, que a unidade se encontra dentro de cada órgão, não se falando em unidade entre o Ministério Público da União (qualquer deles) e os dos Estados, nem entre os ramos daquele”(LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19ed. rev atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 992)

⁸²⁸ Como assevera Gustavo Badaró: “[...] no adversarial system, prevalece a possibilidade do acusador, seja ele público ou privado, dispor sobre a própria pretensão punitiva, quer deixando de formular a acusação, quer se valendo dos mecanismos de bargaining. Tal mecanismo o, porém, acaba fazendo com que o trial, no qual se verificam as características mais marcantes do adversarial system, somente ocorra em raríssimos casos. Aliás o guilty plea tem sido considerado instituto fundamental da justiça criminal norte americana, na medida em que somente é possível a verdadeira atuação do adversarial system, nos poucos processos que chegam ao trial, porque a grande maioria dos casos é resolvida rapidamente, por meio do guilty plea.”(BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p. 133-134)

gestão da prova pelo juiz, forçando as partes a buscarem elementos probatórios, dado que o juiz não pode ter nenhum conhecimento sobre o caso, sob pena de ser suspeito. Por fim, o ambiente jurídico fortemente estruturado decorre da existência de regras que dispõem sobre as fases do julgamento (*rules of evidence*) e sobre o comportamento das partes (*rules of ethics*).⁸²⁹

A pedra de toque do processo penal adversarial é a disputa entre partes processuais em posição de igualdade perante um juiz, cabendo a este o papel de zelar pela observância das normas que disciplinam a disputa, enquanto ao acusador espera-se que busque a condenação por meio da persuasão racional pelo ônus de provar, cabendo, por fim, à defesa o papel de buscar evitar a condenação, apresentando as teses que melhor lhe aprouver.⁸³⁰

Importa, neste passo, esclarecer que, embora próximos em termos conceituais, o processo acusatório e o *adversarial system* não se confundem, na medida em que o traço fundamental do sistema acusatório é a separação entre as funções de julgar, acusar e defender, enquanto o *adversarial system* configura o modelo em que, além desta separação de funções, “há predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas.”⁸³¹

Em verdade o sistema acusatório é contraposto ao sistema inquisitório.

Os modelos inquisitórios são fundados em um ideal de Estado autoritário, no qual há a prevalência do interesse estatal na reconstituição do ordenamento violado. Este modelo de processo penal imperou no Ocidente desde a Idade Média até a Revolução Francesa, ostentando especial valor para o Direito Canônico vigente na Europa, bem como para as monarquias europeias.

O conceito subjacente ao modelo inquisitivo é que quanto maior poder for conferido ao inquisidor (autoridade pública) melhor será a verdade composta na lide,⁸³² estando umbilicalmente ligado à ideia da busca da verdade real a qualquer custo, fundado no princípio da autoridade.

O modelo inquisitório ostenta algumas características marcantes, sendo elas: a concentração da função de julgar e acusar em um único órgão; o conceito de que o réu é

⁸²⁹ MALAN, Diogo Rudge. Processo penal de partes: “right of confrontations”. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 19-20.

⁸³⁰ DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. In: University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, n. 121, 506-589.

⁸³¹ GRINOVER, Ada Pelegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo acusatório. In: A marcha no processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 84.

⁸³² TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

um objeto do processo e não uma parte com direitos e deveres, conceito do qual decorre a inexistência da incidência do contraditório e ampla defesa; em regra o processo era escrito e secreto.

Decorre do processo inquisitório, a desnecessidade da regulamentação da matéria de prova, pois uma regulamentação da atividade probatória implicaria, sob a ótica autoritária, um indesejado limite à busca da verdade real.⁸³³

No campo probatório, no sistema inquisitório há a intervenção *ex officio* do juiz, que tem liberdade para colher provas, independentemente da proposição das partes, sendo uma das características deste sistema a prisão do acusado durante o processo. Em contraposição ao modelo inquisitório, há o sistema acusatório, fundado em dois pilares essenciais, o conceito de que o réu é titular de direitos e garantias, ostentando a qualidade de parte em igualdade de condições com o acusador público, e, ainda, a separação entre a função de julgar e acusar, que é distribuída a órgãos distintos; em regra os processos são públicos.

O sistema acusatório está baseado no princípio dialético, pelo qual se considera ser a verdade melhor acertada com a permissão de atividade probatória pelos sujeitos que tem interesses contrapostos, cabendo ao juiz imparcial apenas a decisão com base nas provas trazidas pela acusação e pela defesa, decisão esta que é influenciada pelas manifestações das partes em contraditório.⁸³⁴

Vale a observação de Badaró de que os sistemas processuais atualmente ostentam características mistas dos sistemas inquisitório e acusatório, com elementos de prevalência de um ou outro sistema⁸³⁵, sendo uma escolha política a prevalência de um ou outro sistema. De qualquer forma, o processo penal acusatório é a expressão de um Estado liberal-democrático, enquanto o processo penal inquisitivo puro está ligado a regimes autoritários.⁸³⁶

Tecida esta consideração, em que pese se verifique que a iniciativa de produção probatória do juiz vem sendo diminuída, a ponto de agora os poderes instrutórios do juiz possuírem aplicação apenas subsidiária, ao contrário do que ocorria antes das últimas reformas do Código de Processo Penal, não se pode afirmar ainda que há uma tendência de

⁸³³ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 16

⁸³⁴ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

⁸³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 101-102.

⁸³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 106-107

que o processo pátrio venha a se transformar em um processo puramente adversarial, porquanto as raízes da tradição da *civil law* estão consolidadas na cultura jurídica do país,⁸³⁷ decorrente, ainda, de um processo histórico-institucional que remonta à influência europeia quando da colonização do país.

De qualquer forma, a introdução da justiça consensual no país por meio inicialmente da Lei 9.099/95, e agora, ainda que de forma limitada, com a sua expansão por meio do acordo de colaboração premiada instituído pela Lei 12.850/13, indicam a abertura do sistema jurídico processual penal para a ampliação da justiça consensual penal com maior aproximação do sistema do *adversarial system*.

Uma das consequências desta aproximação, é que no tocante ao acordo de colaboração premiada há evidente fortalecimento do Ministério Público no processo penal.

No sistema estadunidense em que prevalecem os acordos no processo penal sobre o sistema de condenações judiciais após um regular processo, o órgão acusador, *prosecutor*, tem função preponderante sobre o juiz, que tem seus poderes inquisitoriais praticamente anulados,⁸³⁸ chegando a ser considerado “*the more powerful figure in the courtroom.*”⁸³⁹

De fato, nos Estados Unidos, como resultado da grande expansão e consolidação da justiça consensual na persecução penal, são garantidos ao *prosecutor* vários instrumentos processuais para obter que um corréu colabore com a justiça, fundando-se especialmente na discricionariedade do oferecimento da ação penal. Pode ser concedido ao *informer* a *street level immunity* dada pela polícia americana, ou, ainda, pode ser firmado entre réu e promotoria um *informal arraignment* ou um *statutory immunity*, mediante o qual é assegurado ao imputado uma proteção disciplinada pela lei em seus efeitos, que afasta, todavia, o direito do imputado ao silêncio, tornando o imputado uma *coerced testimony*, conforme disciplinado no *Organized Crime Control Act 1970*, ficando sujeita, inclusive, à

⁸³⁷ Da mesma forma, mesmo na Itália, em decorrência de sua cultura jurídica, reconhece-se a introdução após o Código de 1988 de alguns institutos do adversarial system, mas com temperamento. Mario Chiavario aponta que: “Quanto à formação das provas, o código de 1988 sublinhou de várias maneiras a importância do contraditório. Antes de mais nada, admitindo a técnica do modelo processual adversary cujo momento chave se dá na cross examinations, ainda que não reduzindo o juiz a um outro e simples espectador mudo de uma lide que não exclui lances graves e inesperados”(CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad: Mauricio Zanoide de Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.2, n.5, p. 31, jan/mar. 1994.)

⁸³⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. Common law: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 126-127. Scarance Fernandes anota que: “(...) acaba sendo inevitável, nos sistemas marcados por variedade e alternativa de ritos, o aumento do poder do Ministério Público na escolha de opções e de soluções.”(FERNANDES, Antonio Scarance .*Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 264)

⁸³⁹ VIANO, Emilio C. Plea bargaining in the United States: a perversion of justice. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Ramonville Saint-Agne, v. 83, 1/2, p. 109-145, jan./jun. 2012, p. 114

civil contempt of court, sancionada com prisão caso decida não depor e respondendo pelo crime de *perjury*. Podem ser oferecidos os benefícios da *transactional immunity*, que garante ao imputado que colabora o completo afastamento da ação penal pelo mesmo fato, tornando-se o imputado uma *immunized witness*, que pode invocar efeitos análogos a da coisa julgada para afastar a ação penal, caso descumprido o acordo pela promotoria. À *confessional immunity (use immunity)* fica garantido o não uso das declarações prestadas pelo imputado apenas na seara penal, mas garante ao promotor o uso destas em processos cíveis ou administrativos, sujeitando-a ao dever de comparecer perante o juízo quando solicitada. Como consequência à *bargaining for testimony*, o imputado pode receber o benefício da atenuação da pena e a renúncia a litigar. Há um grau de coerção na colaboração com a justiça, pois o *prosecutor* pode exigir o comparecimento do imputado à sua presença e submetê-lo a um *proffer of testimony*, que é um quadro de respostas que ele poderia dar caso fosse interrogado, de forma a avaliar seu interesse em processar alguns indivíduos e para analisar a contribuição probatório do possível colaborador.⁸⁴⁰

É muito debatido na doutrina a questão relativa à motivação do *prosecutor* quando da oportunidade do *plea bargaining*. São citados casos relativos ao mero utilitarismo do instrumento, tal como de celebração de acordo pelo órgão de acusação apenas para diminuir sua carga de trabalho,⁸⁴¹ bem como pela necessidade de obter melhor média de condenações, demonstrando sua eficiência à sociedade, sendo certo que o *guilty plea* é considerado como condenação, e, por conseguinte, dá “vitórias” fáceis ao *prosecutor*,⁸⁴² impondo-se consignar que é comum que nos Estados Unidos os promotores sejam eleitos por meio de votação pública. Por outro lado, no direito estadunidense, o *prosecutor* deverá bem avaliar a viabilidade de um processo penal condenatório, pois poderá sofrer os riscos políticos de uma persecução penal fracassada e até mesmo ser condenado civilmente por uma persecução leviana,⁸⁴³ o que também contribui para que o órgão acusador possa buscar a celebração de um acordo, em especial, nos casos em que a prova não é incontestável.

As circunstâncias em questão possuem amplitude menor no direito pátrio, uma vez que os órgãos de acusação ostentam garantias constitucionais e são vitalícios, podendo

⁸⁴⁰ AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 237-240.

⁸⁴¹ BROWN, Jeff. Meriti e limiti del patteggiamento. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif. *Il processo penale negli stati uniti d’America*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1988, p. 141.

⁸⁴² ROBIN, Gerald D. *Introduction to the criminal justice system: principales, procedures, practice*. New York: Harper & Row publishers, 1980, p. 243-244.

⁸⁴³ RAMOS, João Gualberto Gaercez. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 188.

se separar da influência política que aflige seus pares americanos e, como já dito, na sistemática legal da colaboração premiada, há efetivamente a necessidade de uma instrução probatória para a condenação do agente. Isso não equivale a dizer que não há relevância dos motivos que levam o órgão acusador ao acordo de colaboração premiada, pois, embora com menor força, este acordo também implicará, na prática, a possível responsabilização penal do colaborador.

De qualquer forma, o fortalecimento do papel institucional do Ministério Público pode ser verificado ao menos em dois aspectos: a discricionariedade ligada à indispensabilidade do acordo de colaboração premiada para a concessão dos prêmios previstos na Lei 12.850/13, que gera como reflexo a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal.⁸⁴⁴ É relevante observar que o fortalecimento do *Parquet* não conduz ao reconhecimento de que a lei tenha instituído a preponderância de sua função sobre a função institucional do julgador, pois este mantém seus poderes, embora com certa redução no tocante à pena cominada.

5.3.1 Discricionariedade regrada para o acordo

Pela previsão da Lei 12.850/13 é indispensável o acordo de colaboração premiada, para o que nos remetemos ao quanto discorrido no item 4.2.1 *supra*, cumprindo aqui analisar esta indispensabilidade como aspecto do novo protagonismo do Ministério Público decorrente de sua ampla discricionariedade para celebração do acordo.

A indispensabilidade da celebração do acordo de colaboração premiada é um dos aspectos do fortalecimento do papel do Ministério Público na persecução penal do crime organizado, pois os prêmios legais não poderão ser obtidos diretamente pelo imputado apenas com fundamento em uma conduta objetiva de colaborar com a persecução penal; é dizer, o acusado dependerá da intervenção do Ministério Público para poder colaborar, ao menos para obter os benefícios da Lei n. 12.850/13, fortalecendo, por conseguinte, a função institucional do órgão ministerial.

⁸⁴⁴ Embora a flexibilização da obrigatoriedade da ação penal com a adoção do princípio da oportunidade seja uma das características do fortalecimento do papel do *Parquet*, não é ela requisito essencial deste fortalecimento, porquanto na Itália, embora os procedimentos simplificados e as leis relativas aos colaboradores da justiça tenham atribuído ao Ministério Público expressivo fortalecimento institucional, vige naquele país a regra da obrigatoriedade da ação penal em sede constitucional (art. 112 da Constituição da Itália)

A escolha institucional acerca da celebração ou não do acordo é regida pela conveniência e oportunidade em prol da produção de provas para a persecução penal, que não poderá ser substituída, *de per se*, pelo Poder Judiciário, pois a lei passou a inserir nas atribuições do *Parquet* na persecução penal contra o crime organizado este novo poder, como forma de dar aquele órgão melhores condições para de forma mais eficaz cumprir com seu desiderato constitucional de luta contra a criminalidade.

Esta discricionariedade sobre a proposição ou não do acordo é muito ampla, pois a baliza legal é muito aberta, dado que o acordo de colaboração premiada pode ser proposto pelo *Parquet* caso configurada alguma das hipóteses de colaboração eficaz prevista no art. 4º, caput, incisos I a V, da Lei 12.850/13. Ora, como cabe ao órgão ministerial a análise desta eficácia em perspectiva do potencial probatório da colaboração que será trazida pelo imputado, análise esta fundada em aspectos subjetivos e não objetivos, resta confirmada a grande discricionariedade atribuída pelo legislador ao órgão ministerial.

Contudo, entendemos que a recusa do Ministério Público ao pedido de acordo do imputado deve ser fundamentada, dado ao primado democrático da lei, permitindo algum controle jurisdicional, tal como ocorre no direito italiano, no qual se exige razoabilidade e coerência motivada do órgão acusatório na recusa ao *giudizio abbreviato*.⁸⁴⁵

Já em relação aos prêmios legais, a discricionariedade do *Parquet* é um pouco mais reduzida, uma vez que há a previsão taxativa dos prêmios possíveis, sendo alguns deles condicionados ao preenchimento de certos requisitos,⁸⁴⁶ podendo-se concluir que a discricionariedade do Ministério Público, embora ainda muito significativa, é menor do que aquela existente para a escolha da celebração ou não do acordo de colaboração.

Não se chegou, por certo, a atribuir àquela discricionariedade ampla do sistema estadunidense, no qual o *prosecutor* por meio do consenso pode modificar a situação fática (negociação de dois delitos de tráfico de drogas por apenas um, por exemplo), a qualificação jurídica da conduta, bem como a quantidade de pena⁸⁴⁷, mas sem dúvida houve um agigantamento do protagonismo institucional do Ministério Público na repressão

⁸⁴⁵ ENAFRO, Emma. Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 36, p. 1107-1122., 1993, p. 1109

⁸⁴⁶ Item 4.4 supra.

⁸⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 269.

do crime organizado em decorrência da maior abrangência da discricionariedade regrada trazida ao *Parquet*. Note-se que a amplitude da discricionariedade atribuída ao órgão acusador é um dos reflexos indicativos do seu poder institucional, não obstante represente possibilidade de violação aos direitos do imputado.⁸⁴⁸

Cumprido salientar que o imputado que se dispõe a colaborar na luta contra o crime organizado, acaba por permanecer sob a necessária supervisão do Ministério Público.

E a este órgão de persecução penal, a lei acaba por atribuir muitas opções de atuação, que poderão ser escolhidas pelo Ministério Público de forma discricionária, em especial, na fase de negociação do acordo de colaboração premiada.

De fato, caberá ao Ministério Público selecionar e identificar quais criminosos cooperarão com a persecução penal, após uma apuração sumária dos fatos investigados,⁸⁴⁹ oferecendo a estes o acordo de colaboração premiada, enquanto para os demais coautores dos delitos investigados, transformá-los-á em alvos da persecução penal.

Nesta seleção, deverá, inclusive, observar as circunstâncias objetivas e subjetivas do pretense colaborador, previstas no art. 4º, § 11º, da Lei 12.850/13, que deverão guiar, outrossim, a elaboração das cláusulas do acordo de colaboração.

Ou seja, será o órgão do Ministério Público que determinará, dentre vários criminosos, quem inicialmente será colaborador ou réu, visando avaliar quem melhor atenderá aos interesses da investigação.⁸⁵⁰ Superada esta primeira fase, será o responsável por analisar quais dos demais réus poderá, mesmo sendo processado (já que o benefício do não oferecimento da denúncia é possível apenas ao primeiro colaborador) transformar-se em colaborador.

Posteriormente, o membro do Ministério Público, além de realizar a escolha dos criminosos com quem poderá contar na persecução penal, é o responsável em escolher

⁸⁴⁸ Richard Daley observa que a amplitude da discricionariedade atribuída ao *prosecutor*, que pode reduzir a gravidade e a quantidade de crimes contidos na imputação, acaba por gerar um perigo aos direitos do imputado, pois o *prosecutor* acaba por impor substancialmente o *plea agrément* ao acusado, dando a última palavra, sob tal entabulação (DALEY, Richard. *Il plea bargain: uno strumento di giustizia senza dibattito*. In. AMODIO, Ennio, BASSIUNI, M. Cherif (coord.) *Il processo penal negli Stati Uniti D'America*. Milano: Dott A Giufrè Editore, 1988, p. 169).

⁸⁴⁹ Para Mendroni deve ocorrer nesta fase uma potencialização da fase investigativa processual, com uma maior atuação do Ministério Público para que possa reunir tempo e condições de verificar as informações dos colaboradores (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 155)

⁸⁵⁰ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: procedimento probatório*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 74.

dentre as hipóteses legais quais prêmios legais serão oferecidos a cada um dos colaboradores.

E neste tema, deverá com muito equilíbrio sopesar a necessidade real da colaboração daquele criminoso, a fim de que não transforme a colaboração premiada como um instrumento de impunidade legal desnecessária e em desacordo com o anseio do legislador e da sociedade, frustrando a finalidade do instituto. Considerando-se a vinculação do juiz aos prêmios legais, desde que constatada a eficácia da colaboração prestada, mostra-se ser de relevante cautela que, em se tratando de prêmio relativo à redução de pena, o *Parquet* insira no acordo não um percentual fixo de redução, mas sim um intervalo de redução, de forma a permitir uma melhor individualização da pena em face ao resultado probatório trazido pela cooperação do imputado.

Será, ainda, o gestor do acordo, pois, diante da estrutura do instituto da colaboração, cabe ao Ministério Público, e excepcionalmente à autoridade policial, a redação das cláusulas com as obrigações que o colaborador deverá cumprir como contraprestação aos prêmios legais, que também serão escolhidos pelo órgão acusador. Como será adiante discutido, há limites legais para a elaboração das cláusulas, mas de forma geral a liberdade de redação das cláusulas da colaboração é muito ampla.

Embora a defesa também contribua na celebração das cláusulas do acordo, é de se reconhecer que, em geral, a defesa poderá apenas manifestar aquiescência à um acordo de adesão, em que a maioria das cláusulas já estarão previamente ajustadas pelo Ministério Público.

E estas escolhas, legitimamente instituídas pela lei, não poderão ser afastadas, em princípio, pelo órgão judiciário, pois refletem uma opção legislativa de conferir maior discricionariedade ao titular da ação penal em prol de maior eficiência da persecução penal e ante a constatação de que todas estas circunstâncias atribuídas à discricionariedade dependem de uma análise individual caso-a-caso em face à diversidade do fenômeno do crime organizado, ficando justificada, pois, a escolha do legislador.

Note-se, ainda, que, como já afirmado neste trabalho, entendemos ser vinculante ao juiz a proposta de prêmio mencionada na colaboração premiada, formulada pelo *Parquet*, o que também indica seu protagonismo perante a colaboração premiada.

Desta feita, ao poder identificar quais dos criminosos investigados serão processados ou não, quais receberão prêmios legais ou não, e, ainda, podendo escolher até

os prêmios legais que serão atribuídos a eles, e tendo em vista à elevada discricionariedade a ele atribuída, fica bem evidenciado ostentar o *Parquet* tanto poder em sede de colaboração premiada, que pode ser considerado, em paralelismo à sua qualidade de *dominus litis*, o protagonista maior do instituto, podendo, de forma válida, receber o título de *dominus collaboratio*.

De forma assemelhada, forte na constatação do Procurador Antimáfia Roberto Alfonso, também na experiência italiana o *Pubblico Ministero* possui o mais relevante papel no desenvolvimento da colaboração premiada,⁸⁵¹ sendo considerado o “gestor processual” do complexo sistema de gestão dos colaboradores de justiça, que inclui de forma orgânica o acompanhamento do colaborador nos processos criminais, bem como na imposição e fiscalização das medidas de proteção a ele e a sua família.⁸⁵²

Por todo o exposto, e tendo em vista o complexo de direitos e deveres decorrentes da colaboração premiada e o papel de *dominus collaboratio*, torna-se obrigatória a participação do Ministério Público em todos os atos de colaboração, em especial, nos depoimentos que o colaborador prestar, mesmo que seja perante a autoridade policial, de forma a garantir a fiel execução do acordo de colaboração premiada, cumprindo, assim, seu dever de fiscalizar a execução da lei, a teor do art. 257, II, do Código de Processo Penal.

5.3.2 Flexibilização da obrigatoriedade da ação penal

A amplitude da discricionariedade do Ministério Público incide de forma mais restrita sobre a flexibilização da obrigatoriedade da ação penal do que aquela existente sobre a escolha da celebração ou não do acordo de colaboração premiada.

De forma tradicional, vige no direito processual penal nacional o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública,⁸⁵³ pelo qual o Ministério Público deve de forma

⁸⁵¹ Naquele país, a colaboração premiada naquele país forma uma sistema orgânico, que integra de forma concatenada a parte processual, medidas de proteção e os benefícios penitenciários aos colaboradores da Justiça.

⁸⁵² ALFONSO, Roberto. *La gestione processuale dei collaboratori di giustizia*. Disponível em: <http://www.csm.it/quaderni/quad_99b/qu_99_14.pdf>. Acesso em 22 set. 2016.

⁸⁵³ Já em relação à ação penal privada vige, ao contrário, o princípio da oportunidade pelo qual a vítima poderá ou não ingressar com a ação penal em crimes pré-definidos em lei, vigendo em relação a ela total conveniência no exercício do direito da ação penal.

compulsória ajuizar a ação penal como reação automática do Estado à infração penal ocorrida, excluindo-se a discricionariedade do órgão ministerial no tocante à promoção da ação penal;⁸⁵⁴ corolário deste princípio, há o princípio da indisponibilidade da ação penal, pelo qual o Ministério Público não poderá desistir da ação penal.⁸⁵⁵

No entanto, conforme discorre o jurista português Adérito Teixeira, dado à “crise da Justiça” e a morosidade dos processos criminais, que gera uma “presunção de impunidade” na consciência social, impunha-se a reforma do sistema judiciário baseado no princípio da obrigatoriedade para um modelo baseado no princípio da oportunidade, no qual há um controle seletivo da litigiosidade com a simplificação de procedimentos, visando melhorar os níveis de eficiência e eficácia do sistema judiciário.⁸⁵⁶

A ideia da oportunidade está associada à ideia de exercício discricionário de atuação por razões de conveniência de alguma natureza (política, social, econômica, dentre outras); quando aplicada ao contexto jurídico, contudo, deve-se inicialmente afastar a ideia do puro arbítrio do agente estatal, pois a discricionariedade deve estar voltada a uma finalidade precípua: a realização de justiça e para tanto é conferida ao agente da lei uma margem razoável para sua atuação⁸⁵⁷.

A discricionariedade é conceituada como a margem dada ao agente estatal para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre alguns comportamentos possíveis, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal.⁸⁵⁸ Ou seja, a discricionariedade não pode nunca se confundir com mero arbítrio, mas sim com poder de opções de soluções admitidas em lei.⁸⁵⁹

Atrelada à sua finalidade de realização de justiça, afastando-se do mero arbítrio, há certamente um grau de discricionariedade atribuído ao órgão do Estado responsável pelo ajuizamento da ação penal, mesmo sob a égide do princípio da obrigatoriedade da ação penal, discricionariedade esta que se assenta em juízo de valor realizado pelo órgão ministerial fundado no subjetivismo de seu membro.

⁸⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 3 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2004, p. 159.

⁸⁵⁵ Art. 42 do Código de Processo Penal.

⁸⁵⁶ TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformidade jurídico-constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 10-21.

⁸⁵⁷ TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformidade jurídico-constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 33-34

⁸⁵⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, p. 855

⁸⁵⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 38.

Alguma dose de subjetivismo é inexoravelmente inerente à própria função de acusar, uma vez que esta função exige a valoração de elementos de informação apurados em procedimento investigativo. Podemos citar o exemplo da valoração pelo *Parquet* do que sejam “indícios de autoria” necessários ao ajuizamento da ação penal, análise esta que está baseada em uma dose de subjetivismo própria da atividade jurídica.

Destarte, a implementação do princípio da oportunidade não é totalmente contrário à atuação do *Parquet* ocorrida sob o prisma do princípio da obrigatoriedade, que também convive com o subjetivismo, ainda que sob limites mais rígidos.

Por outro lado, o poder-dever do *Parquet* em promover a ação penal não pode ser visto como um dever cego de acusar a qualquer custo, pois esta visão conduz inexoravelmente a uma lógica de maior eficácia e menor justiça.⁸⁶⁰ Em razão disso, verifica-se uma tendência ao abrandamento do princípio da obrigatoriedade no país,⁸⁶¹ que decorre da implantação da justiça consensual.

O primeiro passo neste sentido foi por meio da Lei 9.099/95, na qual se excepcionou em hipóteses taxativamente previstas em lei o princípio da obrigatoriedade, abrindo espaço à autonomia das vontades das partes, sob o controle do Poder Judiciário.⁸⁶²

A discricionariedade atribuída ao Ministério Público pela Lei 9.099/95 não é pura e total; antes é veiculada por parâmetros legais expressamente previstos em lei. Desta circunstância decorre a constatação de que se instituiu entre nós a discricionariedade regrada e limitada a parâmetros previamente ajustados pelo legislador conforme sua política criminal.

Como assevera Scarance Fernandes, a Lei 9.099/95 não adotou o princípio da oportunidade, pois o *Parquet* não pode deixar de propor a aplicação imediata de pena ou oferecer denúncia por razões de conveniência ou oportunidade; em verdade, continua

⁸⁶⁰ TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformidade jurídico-constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000, p.50-51

⁸⁶¹ Mesmo na Itália, na qual o princípio da obrigatoriedade da ação penal possui assento constitucional, vem sendo abrandado o rigor do princípio pela ausência de estrutura do *Parquet* (CHIAVARI, Mario. A obrigatoriedade da ação penal na constituição italiana: o princípio e a realidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 5, 3/4, p. 329-359, jul./dez. 1995).

⁸⁶² GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES, Luiz Flavio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio, SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 95.

vinculado aos pressupostos legais que determinam todo seu proceder, configurando, assim, o princípio da discricionariedade regrada.⁸⁶³

Assim, este foi o primeiro marco legal da flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que determinava não haver a possibilidade do Ministério Público de se recusar a ajuizar ação penal quando estivessem previstos os requisitos legais para tanto.

A discricionariedade regrada pela lei⁸⁶⁴ é característica tanto da transação penal, que afasta o próprio ajuizamento da ação penal em crimes de menor potencial ofensivo, quanto da hipótese de suspensão condicional da pena incidente em outras espécies de delitos.

Ao instrumentalizar a lei 9.099/95 a flexibilização do princípio da obrigatoriedade, regulando a seletividade de casos penais por parte do órgão do Ministério Público, afastou a resposta caótica do sistema judicial aos crimes ocorridos,⁸⁶⁵ fixando uma política legal processual para tal mister.⁸⁶⁶

Sobre este subsistema de justiça consensual, fundada na constatação de que não se pode afastar do titular exclusivo da ação penal pública a prerrogativa de recusar a apresentação de propostas, ostentando ele o poder-dever da proposta, parte da doutrina assenta que esta recusa decorre dos primados da justiça consensual, cabendo em caso de abusos a correção pelo órgão superior do Ministério Público com aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal⁸⁶⁷ e não pelo juiz.

⁸⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 224.

⁸⁶⁴ Parte da doutrina entende inexistir a figura da discricionariedade regrada, apontando Pacelli Oliveira que o Ministério Público tem o dever de propor os benefícios legais, não cabendo ao órgão acusador a escolha livre e por mero critério de conveniência e oportunidade acerca da solução adequada aos interesses da Justiça. Em razão disto, ainda prevalece o princípio da obrigatoriedade, ainda que tenha sido afastada a obrigatoriedade da propositura da ação penal. A exceção consistiria apenas na modalidade de pena objeto da transação. (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ed. Ver. e ampl. Atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 131/132)

⁸⁶⁵ Como por exemplo ocorria frequentemente com a aplicação do princípio da insignificância para os crimes de menor potencial ofensivo, gerando o arquivamento dos inquéritos relacionados a estes delitos. Outro exemplo comum de mecanismos da prática forense que acabavam por flexibilizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, era o caso do reconhecimento da chamada prescrição em perspectiva, que acabou sendo afastada em órbita jurisprudencial pela Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

⁸⁶⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Penal Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 261-262.

⁸⁶⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES, Luiz Flavio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio, SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95*, de 26.09.1995. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 142.

Neste sentido a jurisprudência⁸⁶⁸ acabou sedimentando o entendimento de que a concessão dos benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo constituem poder-dever do Ministério Público e não direito público subjetivo do acusado, vedando-se a concessão dos benefícios pelo magistrado *ex officio*, o que foi cristalizado na Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal.

Ao assim entender, a jurisprudência acabou, no sistema dos juizados especiais, por elevar o grau de poder atribuído ao Ministério Público na órbita destes instrumentos de justiça consensual, reduzindo sobremaneira a possibilidade de controle jurisdicional de tal discricionariedade regrada, que funciona sobretudo no aspecto negativo: o controle jurisdicional da transação e da suspensão do processo acaba por ser realizado apenas nas hipóteses em que o Ministério Público indevidamente oferece os benefícios e não naquelas em que indevidamente o *Parquet* recusa-se ao oferecimento destes.

Volvendo-se para a colaboração premiada, com a instituição do acordo de colaboração premiada, conferiu ao legislador ao Ministério Público mais uma possibilidade de, discricionariamente, oferecer ou não a ação penal, mesmo quando presentes os requisitos da materialidade delitiva e indícios de autoria.

De fato, o art. 4º, parágrafo 4º, da Lei 12.850/13 dispõe que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia quando configurada alguma das hipóteses previstas no *caput*, condicionando o não oferecimento de denúncia a que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar a efetiva colaboração.

As condições para o afastamento da obrigatoriedade da ação penal são cumulativas, uma vez que a norma não determinou de forma expressa sua alternatividade. Além disso, “pensar-se de forma diversa importaria na banalização do instituto, o que se mostra preocupante em face da reiterada gravidade dos crimes perpetrados em organização.”⁸⁶⁹

O óbice relativo ao líder da organização é justificado porque uma das mais expressivas contribuições da colaboração premiada em seu aspecto probatório reside na possibilidade de identificar e permitir a punição dos líderes de organização criminosa, que

⁸⁶⁸ FOLGADO, Antônio Nobre. Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.75.

⁸⁶⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/13). 3 ed. Salvador: Ed. Juspodium, p. 64.

de outro modo, conforme mostra a prática forense, acabam ficando impunes pela dificuldade da obtenção de provas contra eles.

O meio de obtenção de prova da colaboração premiada deve ser usado precipuamente para permitir a persecução penal da organização criminosa por meio da identificação e revelação da hierarquia da atividade criminosa. Ou seja: “Faz-se um acordo com um criminoso pequeno para obter prova contra o grande criminoso ou com um grande criminoso para lograr provas contra outros grandes criminosos, obtendo uma espécie de efeito dominó.”,⁸⁷⁰ impondo-se mesmo afastar o líder da organização criminosa como possível merecedor dos prêmios legais.

É de se assentar que haverá, em regra, certa dificuldade probatória em efetivamente identificar se o pretense colaborador é ou não o líder da organização criminosa, já que a identificação da hierarquia da organização normalmente é realizada pouco a pouco com a análise e interligação de diversos elementos probatórios colhidos durante a instrução. De qualquer forma, esta é uma das exigências legais obstativas do prêmio legal.

Com o outro requisito, ser o primeiro a colaborar, a lei visa obter dois efeitos: a) pressionar psicologicamente os integrantes da organização criminosa a agir de forma urgente para obter este prêmio legal; b) inaugurar uma “corrida” de possíveis colaboradores junto aos órgãos da persecução penal, permitindo que a persecução penal possa escolher dentre as informações trazidas as melhores contribuições para a investigação.⁸⁷¹

A hipótese de não oferecimento de denúncia equivale ao arquivamento do procedimento de investigação,⁸⁷² seja inquérito policial ou procedimento próprio de investigação do Ministério Público. O sistema pátrio admite ao *Parquet* apenas três hipóteses quando está diante de um inquérito policial: o oferecimento de denúncia, a requisição de diligências ou o arquivamento das peças de informação. Desta maneira, a ausência de oferecimento de denúncia, sem requisição de diligências, implica

⁸⁷⁰ MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-112

⁸⁷¹ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 268.

⁸⁷² Neste sentido, compartilhamos o entendimento de Vicente Greco: “O não oferecimento de denúncia equivale ao arquivamento do inquérito, de modo que não se trata de causa extintiva de punibilidade, podendo haver outro processo se houver novas provas (GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42)

necessariamente no arquivamento da acusação, arquivamento este que podemos chamar de atípico.⁸⁷³

O arquivamento atípico do procedimento de investigação criminal traz ao *Parquet* uma dose de discricionariedade elevada, mesmo quando considerada a discricionariedade a ele atribuída no subsistema dos juizados especiais criminais.

Ora, naquele subsistema há uma série de requisitos legais que permitem alguma discricionariedade, mas a lei determina que o Ministério Público ofereça transação penal da aplicação de pena restritiva de direitos ou multa⁸⁷⁴ para os casos de menor potencial ofensivo, caso deixe de oferecer denúncia, ou seja, determina que o *Parquet*, ainda que sob a égide da justiça consensual, busque uma punição ao infrator da lei penal, mesmo que de uma forma mais branda. No entanto, naquele subsistema não há permissão para o não oferecimento de denúncia puro e simples sem que se dê qualquer resposta penal a alguém confessadamente autor de um delito.

Diversamente é o que ocorre com a superveniência da Lei 12.850/13, pela qual o Ministério Público, agora sob a égide de uma autorização legal expressa, pode permitir a impunidade de um agente criminoso, mesmo que possua elementos de prova contra ele, o que bem demonstra ter havido um alargamento expressivo na discricionariedade do Ministério Público. Neste sentido, parte da doutrina afirma que pela primeira vez na história do direito brasileiro ocorreu a exceção ao princípio da obrigatoriedade, pois mesmo após a formação da *opinio delicti* poderá o *Parquet* deixar de oferecer denúncia.⁸⁷⁵

Esta escolha de opções, entre oferecer denúncia ou arquivar de forma atípica a investigação recai privativamente sobre o membro do *Parquet*, que possui ampla margem de liberdade para decidir pela escolha ou não das duas opções, uma vez que a lei não previu taxativamente em quais hipóteses poderá ser dado o benefício; ao contrário apenas excluiu do benefício o líder de organização criminosa e o segundo a prestar a colaboração.

É de se reconhecer que, embora seja o titular da ação penal, o *Parquet* somente tem autorização legal para deixar de oferecer denúncia, mediante a celebração de acordo

⁸⁷³ O arquivamento típico é aquele em que há a frustração da investigação pela inexistência de prova suficiente sobre a materialidade ou sobre os indícios de autoria, encerrando-se a persecução penal, embora de forma precária e, em regra, não definitiva.

⁸⁷⁴ Art. 76 da Lei 9.099/95 :”Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”.

⁸⁷⁵ DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida; DELMANTO JUNIOR, Roberto. Leis penais especiais comentadas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1033.

com o colaborador, que é um dos pressupostos para o reconhecimento das hipóteses de colaboração.

A discricionariedade sobre o oferecimento da denúncia ou a aplicação do prêmio é regrada,⁸⁷⁶ pois está limitada a liberdade de agir do órgão acusador por balizas legais especificadas previamente, e, assim, não foi adotado o princípio da oportunidade com a nova lei.

Embora a faculdade de disposição da ação penal seja conferida ao *Parquet*, esta o é à instituição do Ministério Público e não meramente a seus membros individualmente considerados. Assim, a fim de garantir o mínimo controle no aspecto da conveniência e oportunidade do arquivamento implícito, temos ser cabível, por aplicação analógica, o cumprimento do art. 28 do Código de Processo Penal, a fim de que, discordando o magistrado sobre o arquivamento atípico quando da homologação do acordo, encaminhe os autos ao chefe da instituição a fim de que este dê a palavra final sobre o arquivamento, que, caso mantido, vinculará o juiz ou será designado outro membro do *Parquet* para o oferecimento de denúncia.

Por fim, inserindo-se em suas atribuições a faculdade de dispor da ação penal, agora com mais discricionariedade, descabe a qualquer possível colaborador o reconhecimento de um direito subjetivo ao arquivamento atípico, tal como ocorre com o entendimento da jurisprudência em relação ao poder-dever do Ministério Público em relação aos benefícios da Lei 9.099/95.⁸⁷⁷ Em verdade, como se reconhece:

⁸⁷⁶ Entendemos que havendo parâmetros legais definidos por lei dando as opções ao Ministério Público para a adoção de algumas condutas previstas na lei, que são todas válidas, está diante da discricionariedade regrada, compreendendo que o princípio da oportunidade deve ser entendido com a existência de ampla liberdade de ação do Ministério Público sem que esteja previsto os parâmetros desta atuação, sendo o caso americano o exemplo mais evidente deste princípio. Ou seja, dando a lei critérios, ainda que largos, à diversas formas de atuação possíveis do órgão ministerial, está-se diante do princípio da discricionariedade regrada. No entanto, parte da doutrina considera que em tais casos está se diante do princípio da oportunidade, que consistiria no princípio da não obrigatoriedade, estando caracterizada quando a lei autoriza o acusador público a escolher entre o oferecimento de denúncia ou a suspensão do processo conforme opção fundada em critérios utilitários (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p.48-49). É de se registrar que para parte da doutrina o o princípio da oportunidade é a antítese do princípio da legalidade, permitindo ao titular da *persecutio criminis* exercer ou não o direito de acusar, segundo critérios de conveniência, sendo este princípio, em sua pureza, incompatível com as garantias constitucionais (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 278).

⁸⁷⁷ No mesmo sentido, embora entendam tratar-se o benefício legal de uma imunidade, Luiz Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva afirmam que: “Importante destacar que esta concessão de imunidade penal não é direito subjetivo do acusado, mas sim de mera faculdade a ser deliberada pelo titular da ação penal pública.” (GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas*

[...] se para crimes de menor gravidade, cuja pena mínima não supera um ano, se entendeu que a proposta de suspensão condicional do processo encerra mera faculdade conferida ao Ministério Público, com muito mais razão deve prevalecer essa compreensão para os delitos que envolvam organizações criminosas, cujas sanções são consideravelmente mais severas.⁸⁷⁸

5.4 A FUNÇÃO DE GARANTE DO JUIZ

No processo penal, o poder do magistrado no sistema da *civil law* é sobretudo relevado, porquanto é ele o *dominus processus*, cabendo-lhe dirigir toda a instrução, sendo-lhe facultado determinar *ex officio* a produção de provas, além de indeferir provas e avaliar seu ingresso ou não no processo, além de ser o destinatário natural de toda a prova colhida para ser por ele valorada.

Já em relação ao acordo de colaboração premiada, há relevante redução da amplitude do poder judicial, circunscrevendo-se à sua homologação. Esta limitação decorre do princípio da justiça consensual ínsito ao acordo, no qual há o protagonismo das partes, e em especial do órgão acusador. É de se atentar que no sistema de justiça consensual chega-se a afirmar que o juiz fica subtraído de seu tradicional poder de decisão e relegado, na prática, ao papel de mera ratificação aos papéis das partes⁸⁷⁹, aproximando-se, neste tocante, do sistema americano do *plea bargaining*.

No entanto, é indevido afirmar que o juiz seja mero ratificador das condutas das partes perante a Lei 12.850/13, pois, em que pese a única participação do juiz no acordo de colaboração premiada consistir na prolação da decisão sobre a homologação do acordo, esta sua decisão é condição de eficácia da convenção entre o órgão estatal e o acusado, razão pela qual, embora limitada sua atuação, ostenta relevante papel na sistemática legal.

Para Valdez Pereira, por força do resguardo da imparcialidade, ao juiz deve caber apenas a fiscalização externa do acordo, verificando se foram atendidos os pressupostos legais e observados os direitos e garantias dos colaboradores.⁸⁸⁰

especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 262).

⁸⁷⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/13). 3 ed. Salvador: Ed. Juspodium, p. 63

⁸⁷⁹ DEGANELLO, M.; GASPARINI, A.; MOLLO, M.; ROSSETO, G. *Il processo penale statunitense: soggettività ed atti*. Torino: G Giappichelli editore, 1994, p. 48

⁸⁸⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 142.

A necessidade da aprovação judicial do acordo visa dar maior segurança especialmente ao acusado, buscando-se evitar que acordos temerários, ou até ilegais, formulados pelo Estado sejam propostos ao imputado, obtendo-se em seguida as informações relevantes que o Estado necessita para a persecução penal, sem o que ao final, pela ilegalidade do acordo, o acusado pudesse obter os benefícios legais que pretendia obter com a colaboração. Assim, a previsão da homologação judicial do acordo decorre do reconhecimento do papel de juiz de garantir ao colaborador o efetivo exercício de seus direitos individuais.

No sistema legal instituído pela nova legislação, o juiz não participa das negociações firmadas entre o Estado e o acusado, buscando-se preservar sua imparcialidade, um dos principais atributos que se espera da magistratura de carreira, bem como o próprio princípio acusatório.

Não poderia mesmo o juiz participar das negociações prévias ao acordo de colaboração premiada sem que se envolvesse com a pesquisa de fontes de provas decorrente destas tratativas, até porque uma das finalidades precípua do acordo de colaboração premiada é a busca por elementos probatórios, o que poderia atingir sua imparcialidade.

Na Itália também é vedado ao magistrado participar da *colloqui investigativi* com um imputado em vias de colaborar com a Justiça,⁸⁸¹ visando proteger sua imparcialidade. Nos Estados Unidos⁸⁸² o juiz também está impedido de participar das negociações envolvendo as partes no *plea bargaining*, conforme a *Rule 11 (d) do Federal Rules of Criminal Procedure*.⁸⁸³

A imparcialidade refere-se à ausência de favoritismo, significando que o juiz não tem opinião formada sobre o caso posto sob julgamento, nem se encontra “contaminado” em sua convicção por uma intervenção anterior ao julgamento da causa.⁸⁸⁴

⁸⁸¹ BASSI, Guido Starnpanoni. Profili processual dela disciplina sui cosiddetti “collaboratori di giustizia”. Disponível em <<http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2013/09/tesi-collaboratori-giustizia.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016.

⁸⁸² Registre-se que o sistema judicial americano é muito complexo e dispare entre os Estados Americanos, dado que cada Estado ostentam um sistema com ampla autonomia em relação ao sistema judiciário federal. Assim, neste trabalho a alusão ao direito estatuidinense refere-se ao sistema judiciário federal, não valendo a menção nexessariamente para os sistemas judiciários estaduais.

⁸⁸³ “An attorney for the government and the defendant’s attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. **The court must not participate in these discussions.**” (grifo do autor) (Rule 11 (c) 1, *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em: 12 set. 2016

⁸⁸⁴ DE LUCA, Javier Augusto. El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 1998, p. 755.

A imparcialidade do juiz, conforme reconheceu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, possui uma dimensão objetiva e subjetiva, caracterizando o aspecto subjetivo pela circunstância do juiz não ter qualquer pré-conceito da causa, o que é presumidamente aceito, com exceção de haver prova em contrário, enquanto no aspecto objetivo, significa que deve ser garantido institucionalmente a inexistência de dúvida legítima sobre a imparcialidade.⁸⁸⁵ Não há distinção entre estes dois aspectos no tocante ao conteúdo da garantia convencional, impondo-se que seja assegurado pelos procedimentos legais nacionais a imparcialidade, removendo-se qualquer aparência de parcialidade, promovendo-se a confiança que devem as Cortes inspirarem nos cidadãos de uma sociedade democrática.⁸⁸⁶

Em assim sendo, a participação do juiz nas negociações afastaria a aparência de geral de imparcialidade do juiz, que é a crença da sociedade de que o julgamento se deu por um juiz imparcial e sem comprometimento das partes,⁸⁸⁷ violando um dos primados da instituição constitucional do juiz natural.⁸⁸⁸

A cautela legal de distanciamento do juiz das tratativas do acordo permite reduzir a possibilidade de que o contato próximo com o réu e a prematura aproximação com os elementos colhidos na investigação possa, na eventualidade do insucesso destas tratativas, influenciar negativamente no ânimo do magistrado quando do julgamento do caso,⁸⁸⁹ ou, ainda, até mesmo expor o juiz aos elementos de informação trazidos pelo potencial colaborador, que posteriormente podem ser invalidados pela não celebração do acordo final, podendo criar no ânimo do magistrado um pré-julgamento do feito.

⁸⁸⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case 42095/98. *Daktaras v. Lithuania*, j. 17 ajn. 2001. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["42095/98"\],"itemid":\["001-58855"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 5 set. 2016.

⁸⁸⁶ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case 71615/01. *CASE OF MEŽNARIĆ v. CROATIA*, j. 15 jul. 2005. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["71615/01"\],"itemid":\["001-69726"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 5 set. 2016

⁸⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidad-e-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em 5 set. 2016.

⁸⁸⁸ A garantia da imparcialidade da magistratura está prevista no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante o direito a ser julgado por um juiz imparcial, bem como no art. 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

⁸⁸⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/13)*. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodium, p. 68. No mesmo sentido, Jeff Brown observa que, caso o juiz participe das negociações, a eventual resistência do imputado a firmar o acordo conduzido pelo juiz poderia gerar a prolação de uma sentença com pena mais rigorosa como retaliação do magistrado. (BROWN, Jeff. *Meriti e limiti del patteggiamento*. In: *Il processo penale negli stati uniti d'America*. AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif. Milano: A. Giuffrè Editore, 1988, p. 136)

Assim, a salvaguarda legal do art. 4º, §6º, da Lei 12.850/13 dá concretude, no âmbito da colaboração premiada, ao princípio constitucional da imparcialidade do juiz,⁸⁹⁰ que integra o conceito do juiz natural.

Por outro lado, além da imparcialidade, o afastamento do magistrado da atividade de negociação do acordo de colaboração premiada visa assegurar o princípio acusatório tão caro às sociedades democráticas.

O sistema brasileiro pode ser considerado sistema acusatório, pois atende ao núcleo essencial do sistema acusatório, que é a divisão entre as funções de acusar, julgar e defender. Em sintonia com o princípio acusatório, no sistema brasileiro há a regulamentação da produção de provas, cabendo ao magistrado apenas uma função subsidiária de produção de provas,⁸⁹¹ que não ofende à ampla defesa do acusado, que ostenta meios processuais para apresentar e ter atendido suas postulações probatórias.

Portanto, ao não permitir a participação do juiz nas negociações, o legislador buscou prestigiar também o sistema acusatório, uma vez que a acusação e a defesa ostentam a liberdade de negociar livremente sem a interferência do Estado-juiz, desempenhando o protagonismo que lhes é conferido pelo sistema acusatório de uma forma ainda mais ampla que no processo penal pátrio, resguardando o papel institucional de cada um dos operadores do direito na colaboração premiada,⁸⁹² afastando a possibilidade de que o juiz atue como órgão de acusação quando das negociações do acordo.⁸⁹³

Deve-se consignar, ainda, que o juiz que homologa o acordo de colaboração premiada, seja na fase pré-processual ou processual, não está impedido de judicar na ação principal, uma vez que, por não participar das negociações do acordo, e não ter sido ainda produzidos os elementos probatórios decorrentes da colaboração, não terá tido previamente contato com o resultado probatório da colaboração, sem que possa, pois, ser influenciado previamente em seu convencimento sobre a responsabilidade penal do delatado.

⁸⁹⁰ Conforme anota Badaró, a imparcialidade é uma garantia constitucional implícita, até porque a palavra juiz parcial é uma contradição em termos. Assenta, ainda, que o juiz natural é um dos mecanismos jurídicos concretos que garantem imparcialidade ao juiz independente, podendo ser considerado como "direito a um juiz instituído antes do fato e competente para julgar o processo segundo critérios legais, prévios e taxativos, fixado em lei em vigor no momento da prática do crime" (BADARÓ, Gustavo Henrique. Juiz natural no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30-36)

⁸⁹¹ A produção de provas poderá ser determinada *ex officio* pelo magistrado de forma subsidiária, de acordo com o art. 156 do Código de Processo Penal, cabendo precipuamente às partes tal ônus.

⁸⁹² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/13). 3 ed. Salvador: Ed. Juspodium, p. 69.

⁸⁹³ BROWN, Jeff. Meriti e limiti del patteggiamento. In: Il processo penale negli stati uniti d'America. AMODIO, Ennio; BASSIUNI, M. Cherif. Milano: A. Giuffrè Editore, 1988, p. 135.

Ademais, embora exista uma análise em cognição sumária da *factual basis* do acordo, esta análise não se equipara a um reconhecimento da responsabilidade penal de quem quer que seja, sendo certo que tanto o delatado quanto o colaborador poderão durante o processo exercer todas as faculdades inerentes à ampla defesa e contraditório.

Não se olvide, ainda, que dentre as hipóteses impedimentos, incompatibilidades e suspeições previstos taxativamente em lei não há previsão desta hipótese de afastamento do juiz.⁸⁹⁴

Caso todo juiz que realizasse uma análise em cognição sumária (na fase pré-processual ou processual) de um crime, como, por exemplo, a decretação de uma busca domiciliar ou de uma prisão cautelar, tornasse-se impedido de julgar o mérito da ação penal, chegar-se-ia ao absurdo de se concluir que o juiz que recebe a denúncia não pode julgar o caso, sendo inconstitucionais os procedimentos previstos no Código de Processo Penal para a apuração das infrações penais, o que discordamos dada à tradição jurídica brasileira.⁸⁹⁵ Não se concorda, pois, com o entendimento doutrinário para o qual o juiz que homologa o acordo estaria impedido de judicar na ação penal, ao argumento de que a homologação causaria a perda da sua imparcialidade por um julgamento antecipado de mérito decorrente da identificação do corréu e pelo afastamento do contraditório, pois o juiz estaria já convencido da responsabilidade penal do delatado.⁸⁹⁶

Na função de garante, o juiz desempenha relevante papel em relação à recusa do órgão ministerial a atender a pedido de acordo da colaboração premiada. Isto porque, embora não possa intervir na discricionariedade regrada do Ministério Público, poderá como forma de fiscalização externa da atividade persecutória do Ministério Público e de garantia aos direitos individuais do imputado, analisar a recusa apresentada e não se convencendo de seu acerto encaminhar os autos, de forma analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, à análise da Procuradoria-geral de Justiça, que poderá ratificar a recusa

⁸⁹⁴ Arts. 252 a 254 do Código de Processo Penal.

⁸⁹⁵ Contra: Sustenta-se que seria necessária a remessa dos autos do acordo de colaboração premiada para outro juiz homologar: “Uma solução paliativa seria encaminhar o acordo de delação premiada para outro magistrado distante da causa, *como procedimento incidental*, possibilitando a atuação de um juiz civil que possa homologar esse acordo nos mesmos moldes da homologação de acordo civil ou, ainda, a outro juiz de vara criminal que homologue o acordo em hipótese semelhante aos termos da transação penal, a fim de garantir a imparcialidade do juiz que atuará na condução do processo principal” (DEL CID, Daniel. A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 276, p. 15-18, nov. 2015)

⁸⁹⁶ Para Heloisa Estellita, ainda antes da Lei 12.850/13: “A homologação do acordo pelo magistrado implica em dupla violação aos cânones mais básicos do *due process of law*: de um lado retira-lhe a imparcialidade objetiva e, de outro, impede o desenvolvimento contraditório do processo.” (ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009)

ou designar outro membro do *Parquet* para a celebração da avença, momento em que o juiz estará vinculado a este entendimento ministerial, preservando-se o sistema acusatório e sua distribuição de funções institucionais.

Tecidas estas considerações, passemos a analisar a forma de atuação do magistrado no acordo de colaboração premiada.

5.4.1 Homologação judicial

A homologação judicial segue o conceito próprio da justiça consensual brasileira instituída inicialmente com a Lei 9.099/95 no qual após a transação penal entre o Ministério Público e o acusado deverá haver a chancela do Poder Judiciário para que o acordo surta seus jurídicos efeitos⁸⁹⁷.

Naquele sistema dos juizados, tal como na nova sistemática legal instituída pela Lei 12.850/13, o controle jurisdicional do acordo de transação penal fecha o círculo da discricionariedade regrada, isto é, a fiscalização do Poder Judiciário sobre a atuação do Estado-acusação,⁸⁹⁸ por meio dos órgãos de persecução penal.

Pode-se concluir que o papel do juiz no ato de homologar o acordo de colaboração premiada é o de ser o juiz de garantia,⁸⁹⁹ que não julga o mérito da pretensão investigativa ou punitiva, mas apenas observa o controle de legalidade da atuação dos órgãos de persecução penal e salvaguarda os direitos individuais do colaborador.⁹⁰⁰

⁸⁹⁷ art. 76, § 3º, da Lei 9.099/95.

⁸⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES, Luiz Flavio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio, SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.151-152

⁸⁹⁹ Sobre o conceito de juiz de garantias, o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, em seu art. 14, traz o conceito mais aceito atualmente, ao estatuir a figura do juiz de garantia, como sendo o “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”. Colhe-se da doutrina chilena, que o “el juez es el verdadero garante del procedimiento, por ello puede solicitar informes o testimonios a fin de obtener el máximo de informacion posible antes de emitir um pronunciamiento sobre el acuerdo.”(OBERG Y, Hector. Justicia penal negociada. In: *El nuevo proceso penal chileno*. Concepcion: Impresos Andlién, 200, p. 159)

⁹⁰⁰ Vale observar que “O juiz, portanto, já é a própria garantia de uma jurisdição que se presta segundo avaliação e asseguração de direitos fundamentais, seja do indivíduo (autor da infração ou vítima) seja do grupo social.”(GOMES, Abel Fernandes. "Juiz das garantias": inconsistência científica; mera ideologia - como se só juiz já não fosse garantia. Revista CEJ, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010). Entendemos que a atividade jurisdicional visa precipuamente garantir os direitos individuais em qualquer fase da persecução penal. No entanto, a denominação juiz de garantia traz a idéia da atividade jurisdicional de fiscalização externa da atividade de outros órgãos da persecução penal, não havendo em tal juízo decisão de julgamento do mérito da imputação. Assim, forte neste entendimento, adotamos no trabalho este conceito de juízo de garantia.

Homologar pode ser considerado, na seara processual, como a aprovação formal e expressa do magistrado competente a ato processual das partes sujeito à sua fiscalização direta.

A lei determina expressamente a matéria que deverá ser apreciada pelo juiz quando da homologação, cabendo ao juiz velar pela regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo.

Esta verificação judicial deverá ser analisada em sede de controle de legalidade, em mera cognição sumária,⁹⁰¹ dado que não haverá produção de provas no incidente de homologação judicial do acordo.

Não cabe ao magistrado no momento da homologação manifestar-se sobre a conveniência ou a oportunidade do acordo formulado, nem investigar a confiabilidade das declarações do colaborador, tendo reconhecido o Supremo Tribunal Federal que o juiz deve limitar-se à análise da “compatibilidade com o sistema normativo” do negócio jurídico celebrado.⁹⁰²

Por isto entendemos que o juiz não deverá considerar como requisitos de validade ou regularidade as circunstâncias subjetivas e objetivas mencionadas no art. 4o, parágrafo 1o, da Lei 12.850/13 quando da homologação do acordo de colaboração judicial, pois tais circunstâncias implicam em uma análise mais profunda e exaustiva sobre os delitos e a própria colaboração, devendo ser apreciada quando da prolação da sentença.

Esta limitação à atuação do magistrado decorre da sistemática legal de ter o legislador conferido às partes à análise da oportunidade e conveniência do acordo, em especial, ao membro do Ministério Público no âmbito de sua discricionariedade regrada, não podendo o juiz discordar da oportunidade e conveniência do acordo.

No entanto, embora limitada pelos parâmetros legais, cabe ao magistrado o efetivo controle de constitucionalidade e legalidade do acordo, controle este que impõe a análise, ainda que superficial, de parte da matéria fática trazida na investigação ou no processo, conforme o tramitar da persecução penal, até porque é indissociável da análise de critérios jurídicos da análise dos elementos fáticos, uma vez que a relação jurídica é formada pela incidência da norma ao fato.

⁹⁰¹ Kazuo Watanabe distingue a cognição judicial em dois planos diversos um horizontal, relativo à extensão e amplitude da cognição, e vertical, relativo à profundidade da cognição, podendo esta ser completa (exauriente) ou sumária (superficial). (WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: RT, 1987, p. 83.

⁹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 5952. Rel. Min. Teori Zawaski. Julgada em 14 mar. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/teori-homologa-acordo-delacao-premiada.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2016.

De fato, por força do papel de juiz de garantias exercido pelo juiz quando da homologação do acordo de colaboração premiada, entendemos, como o faz Badaró, que o magistrado poderá, além da análise de vícios de vontade e aspectos formais, analisar aspectos atinentes ao cabimento do acordo e dos seus efeitos jurídicos,⁹⁰³ ainda que em mera cognição sumária.

Os parâmetros deste controle podem ser vislumbrados pela análise do direito comparado.

No exercício da função de garante, cabe ao juiz estadunidense⁹⁰⁴ verificar a *factual basis for a plea*, isto é, deve verificar se há base fática para o acordo firmado pelo acusado⁹⁰⁵, informando e inquirindo o imputado sobre várias circunstâncias, incluindo sobre sua aceitação ao acordo, sobre seu direito ao julgamento pelo *jury*, o direito à representação por advogado, o direito à *cross examination* das provas colhidas, à informação sobre a natureza de cada uma das acusações previstas no *plea*, bem como a renúncia a direitos decorrente desta, esclarecendo, ainda, se estiver previsto no acordo a renúncia ao direito de apelar da condenação.⁹⁰⁶

O requisito de verificação da base fática⁹⁰⁷ para o acordo previsto na legislação norte-americana, contudo, é criticado pela doutrina por ser vago e nebuloso, revelando-se na prática judiciária americana que o conteúdo garantista da disposição torna-se apenas meramente formal e superficial.⁹⁰⁸

Importa aqui discutir se o magistrado brasileiro deve também analisar a *factual basis for the plea*, tal qual o juiz estadunidense deve fazer.⁹⁰⁹

⁹⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 455

⁹⁰⁴ Embora possa o juiz analisar o acordo em relação à assunção de culpa, não pode ele modificar a concessão da *immunity* outorgada pelo U.S Attorney (AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitório al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 246)

⁹⁰⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Rule 11 (f), Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁹⁰⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Rule 11 (b), 3, Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em: 12 set. 2016

⁹⁰⁷ Vinicus Vasconcellos ressalta que no sistema americano, além da necessidade da base fática, há a necessidade de verificação da adequação/exatidão dos termos do acordo, consistente na correlação mínima entre as imputações assumidas pelo acusado e aquelas que teoricamente se capitularia os fatos reais, embora reconheça que na prática americana a verificação judicial apenas tornou-se mera formalidade. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 95-96.

⁹⁰⁸ DEGANELLO, M; GASPARINI, A.; MOLLO, M.; ROSSETO, G. *Il processo penale statunitense: soggetti ed atti*. Torino: G Giappichelli editore, 1994, p.48.

⁹⁰⁹ “Em teoria o juiz estadunidense pode rejeitar a plea bargaining por motivos que vão além da violação a alguns dos requisitos, como em razão “ de interesse pública efetiva administração da justiça”, pois haveria discricionariedade em tal função decisória.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha*

A base fática pode ser conceituada como sendo a situação fática amparada em elementos de informação⁹¹⁰ ou prova sobre a qual recai determinada consequência jurídico-penal, que, no caso do acordo de colaboração premiada, fundamenta-o.⁹¹¹

Porque inserido no contexto garantista, no momento da homologação do acordo de colaboração premiada, temos ser lícito ao magistrado, mas adstrito, repita-se, a mera cognição sumária e não exauriente,⁹¹² analisar se há alguma base fática para que o colaborador aceite sua responsabilidade penal pelos fatos mencionados no acordo de colaboração premiada,⁹¹³ bem como deverá analisar a correlação entre os fatos criminosos mencionados no termo de colaboração premiada e a sua adequação à uma das hipóteses legais da colaboração premiada.

Para tanto, tal como no direito americano, deverá ser trazido ao magistrado um resumo dos fatos e dos elementos probatórios apurados antes da homologação, ou na locução legal: “cópia da investigação”, conforme estatui o art. 4º, parágrafo 7º, da Lei 12.850/13.⁹¹⁴ Esta disposição indica a possibilidade/necessidade de uma verificação judicial da *factual basis* para a homologação do acordo. Ademais, ainda neste sentido, o art. 7º, parágrafo 1º, do mencionado diploma legal estatui também que: “as informações pormenorizadas da colaboração” sejam dirigidas ao juiz para a homologação do acordo, tudo a justifica a análise judicial também dos fatos embasadores da colaboração.

e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 89)

⁹¹⁰ Produzidos no inquérito policial ou em procedimento investigatório próprio do Ministério Público.

⁹¹¹ Ferrua afirma que no procedimento simplificado do art. 444 do Código de Processo Penal italiano há apenas um juízo negativo realizado pelo juiz, de forma a afastar apenas o acordo em razão da existência de alguma causa de extinção de punibilidade, sem que seja realizado um exame positivo pelo juiz em relação à culpa do imputado. Consigna, ainda, que a Corte Constitucional italiana em um primeiro momento tinha exigido que o juiz realizasse o controle sobre a existência de elementos probatórios em relação à culpa do imputado em tal procedimento, mas posteriormente consolidou entendimento de que o fundamento da condenação residia no próprio acordo firmado entre as partes (FERRUA, Paolo. Il “giusto processo”. 3 ed. Bologna: Zanichelli editore, 2012, p. 27)

⁹¹² Gustavo Badaró, discorrendo sobre a tutela cautelar, afirma que a cognição sumária verifica a plausibilidade da existência do direito, enquanto a cognição plena, exercida quando da tutela jurisdicional definitiva verifica a certeza da existência do direito. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 420)

⁹¹³ Em relação ao sistema americano, concordamos com Vinicius Vasconcellos para quem “a necessidade do suporte fático para a ceitação da barganha é essencial à adequação mínima do instituto com os fundamentos de um processo penal democrático[...]” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 96).

⁹¹⁴ Art. 4º, § 7º “Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, **acompanhado** das declarações do colaborador e **de cópia da investigação**, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.” (grifo do autor)

É certo que apenas em situações por demais extremas,⁹¹⁵ o juiz acabará por afastar o acordo pela ausência de base fática, mas tal controle judicial deve ser realizado.

Em razão da exigência do devido processo penal, que importa na necessidade da prolação de uma sentença condenatória, a configuração ou não da *factual basis* será analisada de forma exauriente, em regra, ao final do processo de conhecimento,⁹¹⁶ razão pela qual a análise da base fática deverá sempre ser realizada de forma sumária.

No entanto, caberá ao magistrado agir com zelo na homologação judicial como forma do controle da atividade atuação do Ministério Público decorrente do sistema de pesos e contrapesos da atividade estatal em prol da sociedade⁹¹⁷, a fim de afastar arbítrios e ilegalidades do *Parquet*.

A homologação judicial do acordo de colaboração premiada, pelos termos da lei, prescinde da oitiva pessoal do colaborador, podendo ser decretada nos autos do incidente de colaboração processual por meio de decisão homologatória.

Todavia, como parte da boa cautela que deve guiar a atividade jurisdicional, é recomendável ao juiz que antes da homologação do acordo de colaboração ouça o colaborador.

A oitiva pessoal do colaborador não deve se transformar em um interrogatório deste sobre os fatos a ele imputados, pois em nosso ordenamento jurídico não é este o momento para a produção de provas. A oitiva insere-se no contexto da salvaguarda dos direitos individuais do colaborador, ainda que quando da homologação o juiz também possa analisar a vertente relativa à efetividade da persecução penal. Aliás, neste tocante já há precedente jurisprudencial no sentido da perda da imparcialidade do magistrado que atue na audiência de homologação do acordo de colaboração premiada, inquerindo o colaborador sobre a veracidade dos fatos narrados no acordo, ultrapassando a análise da legalidade, regularidade e voluntariedade.⁹¹⁸

⁹¹⁵ Podemos imaginar o exemplo de que o acordo declare que o colaborador reconheça sua responsabilidade penal por crime prescrito, ou ainda, por crime não contemplado nas leis de colaboração premiada, situações estas que permitem ao juiz rejeitar a homologação do acordo proposto.

⁹¹⁶ Afirmamos que isso ocorrerá de forma mais comum, pois a prática forense, em função da própria natureza probatória da colaboração premiada, indica que os acordos de colaboração premiada ocorrem antes da prolação de sentença de primeiro grau de jurisdição, seja na fase extraprocessual ou processual. A situação de acordo de colaboração em sede de execução, embora legalmente prevista, não é, nem será a mais frequente.

⁹¹⁷ Pode-se aqui imaginar a possibilidade do acordo ser formulado pelo Ministério Público com motivação inidônea, como por exemplo decorrente de corrupção do membro do *Parquet*, ou, ainda, em razão de *overcharging* acusatória, impondo-se neste tocante maior fiscalização do magistrado.

⁹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Exceção de suspeição nº166475/2015. Rel. Des. Orlando de Almeida Perri. Disponível em:<<http://s.conjur.com.br/dl/voto-vista-excecao-suspeicao.pdf>>. Acesso em 5 set. 2016.

Essa cautela pode ser depreendida da experiência estadunidense, na qual vige de forma amplamente difundida o *plea bargaining*. De acordo com a *Rule 11 (d)* da *Federal Rules of Criminal Procedure*, é dever do juiz antes da homologação, ouvir publicamente o acusado que firmou um acordo criminal com o *prosecutor*, a fim de constatar inicialmente a capacidade de compreensão da proposta oferecida, levando em conta sua idade, nível cultural, estado mental e entendimento da língua inglesa; feita esta constatação, verificará se a declaração é voluntária, isto é, que não seja obtida por meio de *improper coercion* (violência física ou moral) ou de *inductions* (que são promessas que não são passível de cumprimento pelo *prosecutor*).⁹¹⁹

Volvendo-se ao direito pátrio, a oitiva pessoal do colaborador visa permitir ao juiz obter todos os elementos necessários para certificar-se precipuamente sobre a voluntariedade do acordo, que é o objetivo principal da oitiva, como forma de afastar qualquer coerção seja da autoridade policial ou do próprio membro do Ministério Público. E para tal análise, a oitiva poderá ocorrer de forma sigilosa e sem a participação dos representantes da persecução penal.

Além disso, a oitiva pessoal contribui para certificar-se o juiz sobre o grau de compreensão do colaborador sobre as consequências do acordo, em especial sobre os benefícios legais e as condições de sua implementação.

Embora seja o papel do defensor técnico, o magistrado, dado ao exercício de sua função de juiz de garantia, deverá esclarecer ao colaborador em linhas gerais os termos do acordo e seus reflexos para a situação processual deste, a fim de afastar quaisquer *inductions* indevidas, informando-o, ainda, de seus direitos constitucionais, em especial, sobre a possibilidade de qualquer tempo voltar a exercer seu direito ao silêncio.

Em se tratando de acordo firmado em sede de procedimento afeto ao Tribunal do Júri, caberá ao juiz do *iudicium accusationis* a homologação do acordo ou ao juiz presidente, quando o caso já estiver na fase do *iudicium causae*, uma vez que cabe a este resolver as questões de direito surgidas no processo e exercer o controle de legalidade dos atos processuais, cabendo aos jurados o julgamento da matéria de mérito. Neste passo, como atuam os jurados como juízes do fato, deverão responder, por meio da quesitação, sobre a eficácia da colaboração premiada, que é matéria fática, mas não sobre os prêmios legais, porquanto a eles, tal como o juiz togado, estão vinculados.

⁹¹⁹ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 242.

O juízo competente para a homologação do acordo na fase pós-processual é o juiz do processo de conhecimento, ou o Tribunal competente para a análise do recurso ainda pendente de julgamento, afastando-se a competência apenas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, quando em jurisdição não originária, dado que tais Cortes não ostentam competência para análise de fatos, mas apenas de matéria jurídica, porquanto se tratam de órgãos judiciais de superposição.⁹²⁰ Em caso de conexão ou continência, caberá a competência ao juízo prevalente.⁹²¹

Finalizado o julgamento do recurso em segundo grau de jurisdição, ou já transitada em julgado a condenação do colaborador, a competência para análise e posterior aplicação dos prêmios legais recai sobre o juiz das execuções criminais, até porque já está encerrada a prestação jurisdicional do órgão judicial do processo de conhecimento.

Além disso, cabe ao juízo das execuções criminais decidir sobre a progressão de regime de cumprimento de pena (art. 66, III, “b”, da Lei de Execuções Penais) e sobre a conversão de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 66, V, “c”, da Lei de Execuções Criminais).⁹²²

Enfim, com tais cautelas, busca-se garantir ao colaborador-imputado o exercício do direito de colaborar com a Justiça em seu próprio benefício da forma mais ampla possível, exercendo o juiz seu papel garantidor dos direitos individuais, preservando sua imparcialidade e agindo de acordo com o sistema acusatório, mas sem abdicar de sua função de fiscalização externa da persecução penal.

5.4.2 Intervenção judicial no acordo

O juiz quando da homologação judicial poderá ter três comportamentos: aprovar o acordo de colaboração premiada, homologando-o; recusar o acordo, quando não observados os pressupostos e requisitos legais; ou, ainda, adequá-lo ao caso concreto.⁹²³

⁹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 174-175.

⁹²¹ Sobre o juízo prevalente, cf item 5.2.8.

⁹²² Neste sentido, inclusive, é a posição defendida pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCLA. (BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. ENCLA. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/Ministerio_Publico_Santa_Catarina/manual-colaborao-premiada-jan14>. Acesso em 25 set. 2016.

⁹²³ Art. 4º, § 8º, da Lei 12.850/13.

A aprovação do acordo ocorrerá quando o acordo preencher todos os pressupostos e requisitos legais, incluindo-se aqui o controle de legalidade e constitucionalidade que serão objeto de análise em item próprio.

Não preenchidos os requisitos e pressupostos legais, a lei permite, conforme a intensidade da violação aos comandos legais, três possibilidades ao magistrado: a rejeição do acordo, em caso de grave e insanável nulidade, ou sua adequação judicial em caso de nulidade sanável, ou, por fim, seu reencaminhamento às partes para sua readequação.

A rejeição do acordo deverá ser decretada pelo magistrado nas hipóteses em que ocorrer a ausência de correlação entre os requisitos, pressupostos e as hipóteses de colaboração premiada e os fatos mencionados no acordo, e, de forma especial, quando ocorrer violação à voluntariedade do acordo, incluindo-se aí o defeituoso entendimento sobre os termos e condições do acordo pelo colaborador. Ora, se o agente não compreendeu ou, pior, sofreu uma violência física ou moral para assinar o acordo, há grave violação aos direitos individuais do colaborador, razão pela qual não resta ao magistrado qualquer opção além da rejeição pura e simples do acordo. Da mesma forma ocorrerá quando o acordo for obtido mediante falsas promessas do Estado.

No entanto, podem ocorrer meros vícios formais, como por exemplo a falta de qualificação do imputado, ou uma insuficiente indicação dos benefícios legais ou da proposta de indicação de elementos probatórios pelo colaborador. Nestes casos, ao invés de rejeitar o acordo, cremos ser possível ao magistrado, a fim de se evitar prejuízo ao colaborador e à persecução penal, permitir ao Ministério Público o aditamento do acordo, com a concordância da defesa e do colaborador, sanando, assim, a irregularidade. Embora não exista previsão legal específica sobre esta possibilidade, tem-se que de forma analógica pode-se estender ao acordo de colaboração premiada o conteúdo da permissão legal dada ao Ministério Público para aditar a peça acusatória para correção de erros.⁹²⁴

A lei permite, ainda, que o juiz possa adequar a proposta ao caso concreto.

Uma primeira leitura do dispositivo legal poderia permitir a interpretação de que o magistrado possui uma ampla discricionariedade para modificar o acordo de colaboração premiada segundo seu prudente arbítrio visando o melhor interesse da justiça.

Contudo, entendemos que a possibilidade de modificação do acordo de colaboração premiada pelo juiz possui contornos muito restritos, a fim de manter o respeito

⁹²⁴ Art. 569 do Código de Processo Penal: “As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final”.

ao princípio acusatório, bem como tendo em vista que se trata o acordo de uma transação, isto é, um negócio jurídico, sujeito à aprovação judicial, mas sem perder seu caráter negocial.

Mesmo na seara civil, a intervenção judicial em contratos em geral, embora um pouco alargada pela superveniência do Novo Código Civil, é excepcional, dado que há o princípio constitucional que garante os atos jurídicos lícitos e perfeitos contra a intervenção estatal, como corolário do próprio Estado Democrático de Direito, além dos princípios constitucionais decorrentes do sistema econômico adotado no país.

Desta forma, por se tratar de um negócio jurídico, há evidente limitação ao poder do magistrado de intervenção na dinâmica do acordo.⁹²⁵

Por outro lado, o princípio acusatório realça a divisão de poder entre quem julga, quem acusa e quem se defende. Assim, como tanto a acusação quanto a defesa concordaram quanto à conveniência e oportunidade do acordo, bem como em relação a seus termos, não cabe o juiz exceder de sua função de terceiro imparcial na relação processual para substituir a vontade das partes a seu talante, ainda que visando atender ao interesse da justiça.

Portanto, entendemos que o juiz poderá adequar o acordo de forma muito restrita, sem adentrar na discricionariedade das partes, limitando-se apenas ao controle de legalidade/constitucionalidade do acordo, a fim de trazer à colaboração proposta o benefício legalmente permitido.

O cerne do acordo de colaboração premiada consiste em dois núcleos principais: o dever de colaboração, de interesse do Estado, e os prêmios legais, de interesse do colaborador.

Concernente aos deveres de colaboração, com exceção do controle de legalidade, dificilmente o magistrado poderia modificar tais compromissos assumidos pelo colaborador, pois não participou das negociações, não se vislumbrando, pois, possibilidade do juiz modificar este cerne do acordo.

⁹²⁵ Sobre a intervenção judicial do juiz nas relações obrigacionais, a doutrina reconhece que : “A alteração substancial da relação de utilidade definida no vínculo importa em verdadeira anulação da relação, porque a medida de interferência representaria efetiva expropriação de direitos, insustentável em face da ordem econômica estabelecida na Constituição brasileira. (.....)A relação contratual estabelece uma equação econômica de custo-benefício, de vantagem e desvantagem para as partes. A aplicação da boa-fé objetiva para modificar a obrigação deve respeitar os termos dessa equação e não impor à parte desvantagens que não tinha quando contratou e que se mostram excessivas e não razoáveis.”(GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da magistratura, 2014, p. 214-215).

Em razão disso, em relação aos prêmios oferecidos pelos órgãos de persecução penal, cremos ser este o principal enfoque da possibilidade de intervenção judicial modificadora do acordo, a fim de estabelecer o primado da lei à transação penal.

Um exemplo: o *Parquet* oferece um acordo em que o limite máximo da redução de pena previsto em lei seja excedido. Neste caso, a fim de manter a finalidade do acordo, o juiz poderá adequá-lo para que a redução seja estabelecida no parâmetro legal.

Mesmo sendo possível ao juiz adequar o acordo, entendemos que ao vislumbrar a necessidade da modificação, mostra-se prudente o juiz permitir às partes que se manifestem sobre a modificação, a fim de que estas esclareçam se ainda ostentam interesse na manutenção do acordo, uma vez que a modificação substancial nas condições do acordo pode acabar por gerar o desinteresse no colaborador.

E como a colaboração premiada possui uma natureza também de exercício do direito constitucional à defesa, e, em se tratando de uma convergência de manifestações de vontade, o posterior desinteresse do colaborador decorrente da modificação judicial deve ser reconhecido como causa de resolução do acordo, como corolário de um dos meios que a defesa possui para o exercício constitucional de resistência à acusação.

Quando a adequação não atingir o cerne do acordo e visar apenas ao controle negativo de legalidade/constitucionalidade, isto é, quando visar apenas o afastamento com a invalidação de cláusulas não essenciais, entendemos não haver a necessidade da prévia manifestação das partes, podendo o acordo ser homologado judicialmente com o afastamento das cláusulas.⁹²⁶

Vale registrar, ainda, que o acordo de colaboração premiada poderá prever a concessão de medidas cautelares ao imputado-colaborador até a prolação de sentença condenatória. Nestes casos, e em se tratando de medidas cautelares, o juiz tem ampla cognição para deferir ou não as medidas cautelares solicitadas, pois estas não são previstas como prêmios legais ao colaborador, nos quais há a discricionariedade do Ministério Público. Assim, no tocante à imposição das medidas cautelares, vige a regra geral da liberdade do magistrado em acolher ou não a representação do *Parquet* pela concessão destas medidas, não estando o juiz vinculado a estas, como está aos prêmios legais.

⁹²⁶ O Supremo Tribunal Federal ao analisar uma das colaborações da “Operação Lava-Jato” acabou por afastar a cláusula de sigilo prevista no termo de colaboração, homologando-o em relação às demais cláusulas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 5952. Rel. Min. Teori Zavaski. Julgado: 14 mar. 2016. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/teori-homologa-acordo-delacao-premiada.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2016)

5.4.3 Controle judicial das cláusulas do acordo

O controle de constitucionalidade conferido ao Poder Judiciário decorre do reconhecimento da supremacia da Constituição, bem como de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos,⁹²⁷ força esta que determina que os direitos individuais somente podem ser limitados por dispositivo constitucional expreso (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição imediata).⁹²⁸

Nesta seara, um dos princípios básicos da Constituição é o princípio da legalidade, que incide sobre toda a atividade estatal, e de forma especialmente densa na persecução penal por meio da garantia do devido processo legal, de origem constitucional.

O princípio constitucional do devido processo legal impõe ao juiz que afaste qualquer disposição seja legal, regulamentar ou até mesmo negociada, que seja contrária à lei e à Constituição, até porque a jurisdição tem como uma de suas funções preservar o *ius libertatis*, “criando intransponíveis obstáculos aos possíveis desregramentos da repressão estatal.”⁹²⁹

O controle da legalidade e constitucionalidade pelo juiz é o contrapeso institucional à discricionariedade regrada do Ministério Público, que, embora possua grande autonomia para avençar cláusulas de colaboração premiada, deve respeitar as balizas legais, uma vez que no país não se adota a *plea bargaining* com contornos tão amplos quanto aquele existente no sistema estadunidense.

Passaremos a nos ater neste tópico sobre a licitude das cláusulas do acordo.

A Lei nº 12.850/13 não discriminou o conteúdo das cláusulas do acordo. Assim sendo, esta questão deve ser analisada à luz da justiça penal consensual, do que se conclui que, ao contrário do que ocorre normalmente com o processo penal no qual vige o princípio da legalidade estrita, as partes ostentam liberdade de contratar as cláusulas do acordo de colaboração, desde que respeitado alguns balizamentos legais.

Um dos balizamentos legais está assentado nos prêmios que poderão ser acordados entre o núcleo estatal e o colaborador. Por exemplo, prevendo a norma legal a

⁹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1054

⁹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336

⁹²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 278

possibilidade de redução de pena ao agente colaborador de até 2/3 de sua reprimenda,⁹³⁰ o acordo não pode prever redução de pena acima deste patamar, ainda que seja possível a concessão de outros prêmios de maior extensão como a concessão de perdão judicial ou a própria exclusão do processo, tudo a fim de prestigiar o princípio da legalidade.

Outro balizamento é a impossibilidade de que sejam impostas obrigações ao colaborador que são vedadas pelo ordenamento jurídico.

Podemos considerar inicialmente que um dos limites legais mais relevantes ao acordo de colaboração premiada será o paralelismo com os efeitos da condenação criminal, isto é, cláusulas podem ser avençadas pelos órgãos de persecução penal, desde que não sejam mais gravosas do que aquelas que poderiam ser impostas em caso de condenação criminal; é dizer, a antecipação dos efeitos da condenação pelo acordo de colaboração premiada decorrentes de cláusulas avençadas não pode atingir com mais intensidade a esfera de direitos do colaborador do que as penas máximas, principal e acessória, que poderiam ser cominadas em sede de sentença condenatória judicial.

Este é um dos limites à legalidade das cláusulas do acordo de colaboração premiada, pois uma avença entre as partes não tem o condão de afastar o primado da lei e a forma de execução mais gravosa da norma penal prevista por meio do legislador, até porque “as leis criminais são essencialmente protetoras da liberdade e da igualdade individual.”:⁹³¹ os princípios constitucionais vinculam a punição às pautas punitivas já presentes no ordenamento jurídico, afastando-se a punição excessiva.⁹³²

Por outro lado, o princípio do *favor rei*, que estabelece a predominância do direito de liberdade em relação ao direito de punir do Estado como critério de interpretação das normas penais,⁹³³ não pode ser usado legitimamente para a ampliação dos prêmios legais,

⁹³⁰ Art. 4º, caput, da Lei 12.850/13.

⁹³¹ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 36

⁹³² Na lição de David Teixeira: “o princípio da razoabilidade vincula o legislador ao bem que objetiva proteger e às pautas punitivas já presentes no ordenamento legal, razão pela qual a punição não pode ser implausível ou caprichosa.” (AZEVEDO, David Teixeira. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 36.

⁹³³ Zaonide de Moraes esclarece que o *favor rei*, que compõe o âmbito de proteção da presunção de inocência aplicada no processo penal, “é uma escolha valorativa que não tem como causa a “dúvida”, sua base informadora são os ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal. O “favor rei”, por ser uma forma de realização efetiva desses ideais, incide tanto no campo legislativo, para conformação de leis que visem garantir-los, quanto no campo judicial, na medida em que indica ao julgador qual é a opção axiológica definida constitucionalmente e que ele também deverá interpretar o dispositivo legal (extrair a “norma” ou “sentido” do texto da lei) ao caso concreto.” (MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2010, p. 365-367)

sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade que rege toda a persecução penal.

Tecida esta consideração, a cláusula que impõe ao colaborador a devolução dos valores obtidos com a prática de delito ou a perda dos valores que sejam produto do ilícito penal é lícita, pois a perda do produto do crime, assim considerado o dinheiro proveniente diretamente da coisa obtida ilicitamente e os produtos adquiridos com o dinheiro ilicitamente,⁹³⁴ é decorrência da necessidade de se impedir a locupletação do agente criminoso com a prática do crime, a fim de frustrar o sucesso econômico do ilícito penal.⁹³⁵ Além disso, a própria Convenção de Palermo assim recomenda.⁹³⁶

No entanto, cabe aqui a observação que a devolução dos valores obtidos ilicitamente deve ser dirigida à vítima determinada, quando houver, ou à União, a teor do art. 91, II, “b”, do Código Penal, que dispõe sobre tal matéria. Assim, a previsão em cláusula de termo de colaboração premiada que vise dar outro destino aos valores obtidos ilicitamente não pode ser acolhida, por desbordar dos limites da discricionariedade dos órgãos de persecução penal.

Cláusula que estabeleça o ressarcimento dos danos causados à vítima com a prática criminosa também são lícitas, pois um dos efeitos da condenação criminal é justamente tornar certa a obrigação de reparar o dano (art. 91, I, do Código Penal). Vale ressaltar, contudo, que, como se depreende do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, no processo penal a condenação do imputado ao pagamento de indenização deve estar vinculado ao valor mínimo do dano e não de seu potencial máximo. Destarte, deverá haver equilíbrio por parte do órgão ministerial quando houver cláusula ressarcitória no tocante ao *quantum* da indenização, sob pena de redução pelo magistrado de valores considerados excessivos ou abusivos.

Uma cláusula inconstitucional que vem sendo exigida de forma indevida pelo Ministério Público é a renúncia ao direito de recorrer das sentenças condenatórias decorrentes da colaboração processual⁹³⁷ ou a proibição ao uso de remédios legais, como o *habeas corpus*.

⁹³⁴ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 476

⁹³⁵ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 476

⁹³⁶ Art. 12, 1, “a” e “b”: “Os Estados Partes adotarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir o confisco: a) Do produto das infrações previstas na presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao desse produto; b) Dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações previstas na presente Convenção”

⁹³⁷ Podemos citar aqui o exemplo do acordo de colaboração premiada formulado pelo Ministério Público Federal com Pedro José Barusco Filho na conhecida ação penal e investigação denominada “Operação

Esta inconstitucionalidade decorre da violação do disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que prevê um dos alicerces do processo penal, que é a ampla defesa do acusado.

A ampla defesa assegura direitos fundamentais da pessoa humana, ostentando relevância especial no direito processual penal, uma vez que visa assegurar o direito à liberdade do indivíduo. Insere-se como consectário da ampla defesa constitucionalmente prevista a utilização de todos os meios de impugnação cabíveis previstos em lei, porquanto tais meios visam garantir a liberdade do imputado. Assim, tais cláusulas são inconstitucionais e devem ser afastadas pelo magistrado.

Outra cláusula ilegal diz respeito à suspensão do prazo prescricional enquanto durar a suspensão do processo, cláusula esta prevista em acordo de colaboração premiada de senador da República investigado.⁹³⁸ A suspensão do processo, embora prevista no art. 4º, 3º, da Lei 12.850/13, não tem o condão de obstar a fluência do prazo prescricional na seara penal além do prazo máximo de um ano,⁹³⁹ dado que por se tratar de instituto de direito penal está sujeito ao princípio da legalidade estrita e não pode ser estendida por meio de acordo de colaboração premiada, pois é inderrogável pela vontade das partes.

Da mesma forma a suspensão indefinida do processo ou acima dos limites legais previstos também padece de ilegalidade e deve ser afastada.

A imposição de renúncia ao direito de sigilo fiscal e bancário em cláusulas do termo de colaboração premiada não ofende a qualquer disposição constitucional, dado que são direitos disponíveis do colaborador, além de confirmar esta renúncia a disposição do colaborador em cooperar com a persecução penal, permitindo o acesso a tais dados maior probabilidade de êxito na persecução penal. Além disso, é certo que tais dados poderiam

Lava-Jato” que apura a prática de crimes de organização criminosa, corrupção, lavagem de dinheiro, dentre outros. No mencionado acordo, inseriu-se na cláusula 10, alínea “k”, a obrigação do colaborador: “a não impugnar sob qualquer hipótese, salvo o descumprimento do acordo pelo MPF ou pelo Juízo, qualquer das sentenças condenatórias na cláusula 5º, I, sob pena de não lhe serem aplicados os benefícios previstos neste acordo” (BRASIL. Ministério Público Federal. Acordo de colaboração premiada formulado entre o Ministério Público Federal e Pedro José Barusco Filho. Data do acordo: 19 nov. 2014. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf. Acesso em 8 set. 2015.)

⁹³⁸ HIRECHE, Gamil Foppel El; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. MPF inova e cria suspensão de prescrição ilegal em acordo de delação. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-13/mpf-inova-cria-suspensao-prescricao-ilegal-acordo-delacao>>. Acesso em 13 abr. 2016.

⁹³⁹ Art. 4º, para. 3º: “O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional”.

ser acessados pelos órgãos de persecução penal por meio de autorização judicial, e assim, a entrega voluntária dos mencionados dados não violam qualquer disposição legal.

A renúncia ao direito de silêncio e à garantia contra autoincriminação decorrem da lei e podem ser firmadas no acordo de colaboração premiada, como já analisado neste trabalho.⁹⁴⁰ Além disso, é incompatível com a colaboração premiada ajustada pelo imputado o silêncio do acusado, pois a colaboração depende do comportamento comissivo do colaborador em prestar declarações veiculando as informações relevantes para a persecução penal.

A atribuição de recompensa ao colaborador, aqui entendida como a previsão de gratificação pecuniária ou compensação financeira pelas informações prestadas, não ostenta qualquer previsão legal, não estando abrangida pelos prêmios taxativamente previstos. Além disso, não está abrangida pela discricionariedade atribuída aos órgãos de persecução penal firmar cláusula de êxito com o colaborador, atribuindo-lhe parte do dinheiro ilícito recuperado, porquanto não pode o Ministério Público transigir com direito alheio.⁹⁴¹

Sobre a cláusula de êxito, entendida como possibilidade de que os prêmios legais ajustados variem de acordo com metas pré-determinadas da persecução penal, entendemos que tal previsão, embora não viole expressamente nenhuma determinação legal, não é adequada, por trazer uma insegurança ao colaborador que não se coaduna com a segurança que o legislador buscou instituir com o termo de colaboração premiada. Sobre o tema, a jurisprudência norte-americana não vem admitindo a cláusula de resultado que condicione benefícios legais à condenação do corréu delatado, uma vez que o acusado deve apenas comportar-se com boa-fé e fornecer informações verdadeiras.⁹⁴²

Não pode subsistir, ainda, cláusula que fixa número de anos mínimo para que os benefícios de execução penal possam ser concedidos (como por exemplo remição de pena, saída temporária, indulto ou anistia) por desbordar dos limites legais. De fato, o art. 4º da Lei 12.850/13 apenas prevê, em sede de execução de pena, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos⁹⁴³, ou ainda, a progressão de regime prisional mesmo ausentes os requisitos objetivos da lei penal para caso de

⁹⁴⁰ Item 4.2.1.

⁹⁴¹ Os valores ilicitamente obtidos pertenciam a alguma vítima, ou, eventualmente, às pessoas jurídicas de direito público interno, como a União, Estados e Municípios. Assim, ao prever alguma cláusula de êxito, o órgão de persecução penal estaria transigindo direito alheio sem autorização legal, o que é vedado.

⁹⁴² BERNASCONI, Alessandro. *La collaborazione processuale: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con lá esperienza statunitense*. Milano: Dott Dgiuffrè Editore, 1995, p. 419.

⁹⁴³ Art. 4º, caput, da Lei 12.850/13.

colaboração posterior à sentença⁹⁴⁴. Desta maneira, a cláusula mostra-se mais gravosa do que eventual condenação do agente, que não se sujeitaria a tais restrições, o que conduz ao reconhecimento de sua afronta à lei.

Cláusula que exija que o colaborador atue como agente infiltrado dentro da organização criminosa não pode ser aceita, pois tal meio de obtenção de prova possui contornos legais específicos⁹⁴⁵ e estão destinados apenas aos agentes do Estado.

Aqui vale a observação de que na fase das tratativas do acordo, de modo informal, não é de todo incomum que órgãos da persecução penal exijam para fins de formalização do acordo de colaboração alguns comportamentos ilícitos, como uma gravação ambiental clandestina sobre algum dos alvos da investigação, ou, ainda, que ele venha a subtrair documentos específicos da organização. Entendemos que tais exigências informais são ilícitas e embora de difícil comprovação, podem ensejar a nulidade das provas obtidas por derivação.

A inconstitucionalidade destas cláusulas pode ser invocada pelo colaborador ou podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado.

5.5 A DEFESA TÉCNICA NA COLABORAÇÃO PREMIADA

A defesa do imputado é realizada, em regra de duas formas: a autodefesa e a defesa técnica.

A necessidade da defesa técnica vem estampada na Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante ao réu o direito de defender-se assistido pessoalmente por um defensor de sua escolha, ou por um proporcionado pelo Estado.⁹⁴⁶

A imprescindibilidade do defensor no acordo de colaboração premiada decorre do direito à ampla defesa,⁹⁴⁷ que também está previsto no art. 5º, LX, da Carta constitucional brasileira, tendo a legislação infraconstitucional também acolhido este paradigma principiológico por meio do art. 261 do Código de Processo Penal que determina que:

⁹⁴⁴ Art. 4º, parágrafo 5º, da Lei 12.850/13.

⁹⁴⁵ Art. 10 da Lei 12.850/13.

⁹⁴⁶ Art. 8.2, “d” e “e”, da Carta Americana de Direitos Humanos.

⁹⁴⁷ Como anota Gavião de Almeida, fundado na doutrina italiana: “O direito de defesa se desdobra em dois sentidos: primeiro ”como direito do acusado, caracterizado pelo exercício dos poderes processuais necessários, influenciando positivamente na formação do convencimento do juiz”. Num segundo entendimento “o direito de defesa é expressão de garantia, exigência do correto desenvolvimento do processo. Vai além do interesse do acusado, atende também ao interesse público, assegura o devido processo legal.”(ALMEIDA, José Raul Gavião. O interrogatório à distância. Tese (Doutorado)-Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 101).

“Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Integrando a ampla defesa à autodefesa, desponta a defesa técnica como direito indeclinável e irrenunciável do imputado, sendo obrigatória para legitimar o processo penal, bem como da necessidade de se resguardar a paridade de armas entre o imputado e os órgãos de persecução penal,⁹⁴⁸ porquanto o defensor ostenta conhecimento jurídico profissional e, por conseguinte, pode auxiliar o imputado nas implicações de cada cláusula do acordo de colaboração premiada.

A defesa técnica deve, ainda, ser plena e efetiva, o que significa apresentar manifestações processuais nos momentos culminantes do processo, não sendo, ainda, suficiente a aparência de defesa.⁹⁴⁹

Como aponta Giacomolli:

A efetividade da defesa técnica não se esgota na constituição ou na nomeação de defensor e nem no cumprimento dos prazos legais e comparecimentos. A garantia convencional e constitucional exige mais, ou seja, a sua efetividade, a satisfação de sua funcionalidade.⁹⁵⁰

Neste passo, impõe-se consignar que sobre a nulidade processual pela deficiência da defesa técnica, vige no país o entendimento esposado na Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal que declara que a ausência de defesa gera a nulidade absoluta do processo, enquanto sua deficiência somente causará a anulação se houver prejuízo demonstrado.

A efetividade da defesa técnica do imputado configura relevante baliza que confirmará (ou rejeitará) a adequação aos princípios constitucionais do sistema consensual instituído pela Lei 12.850/13.

De fato, o novo sistema de justiça consensual somente ostentará valor como uma opção legítima e eficaz de meio de defesa para o imputado, se houver uma defesa técnica eficiente a orientá-lo sobre a possibilidade de celebrar acordo de colaboração premiada, e, ainda, sobre a conveniência, à luz do caso concreto, da opção por este meio defensivo.

⁹⁴⁸ Como observa Scarance Fernandes: “Não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para se garantir a paridade de armas. De um lado, tem-se, em regra, o Ministério Público composto de membros altamente qualificados e que conta, para auxiliá-lo, com a Polícia Judiciária, especializada na investigação criminal. Deve, assim, na outra face da relação processual, estar o acusado amparado também por profissional habilitado, ou seja, por advogado.” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 284)

⁹⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.286-288.

⁹⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119.

Em verdade, a boa defesa técnica nem sempre aconselhará o réu a negar a acusação quando, à vista dos elementos probatórios colhidos na fase pré-processual ou processual, a condenação seja certa ou muito provável. O objetivo do defensor não é necessariamente obter a declaração de inocência do imputado; antes é prover juridicamente o melhor meio processual para obter para o imputado o melhor provimento jurisdicional possível, sendo certo que, nos casos em que está provada suficientemente a responsabilidade penal do acusado em decorrência de atos processuais válidos, a melhor alternativa ao imputado é a obtenção de uma redução de pena pela colaboração premiada em contraste com a condenação ao cumprimento integral da pena.

Neste sentido, Teixeira de Azevedo aduz que:

Estende-se, portanto, linha muito tênue entre o direito de defesa caracterizado por esgrimir argumentos, apontar nulidades, comportar-se procedimental e processualmente de determinados nodos e utilizar determinados meios para obtenção de decisão favorável para o cliente, e, a inteira licitude de sua atuação defensiva. Assim, repita-se, é plenamente justificada a opção da delação premiada - como de resto de outras opções do sistema jurídico material e processual - quando todas as provas são contrárias à versão apresentada pelo agente, e forma coligidas de maneira lícita e, por isso, absolutamente válidas. É inteiramente desaconselhável tecnicamente sustentar a defesa de mérito ou processual, enfrentar com argumentos vazios ou pífios uma imputação de solar clareza e sem solução para a defesa do cliente.⁹⁵¹

A presença do defensor é indispensável, sendo pressuposto de validade da celebração do acordo de colaboração premiada, bem como durante toda a confirmação e execução da colaboração (art. 4º, parágrafo 15, da Lei 12.850/13).

O acordo de colaboração premiada está vinculado à defesa técnica para subsistir em qualquer momento da persecução penal, inclusive, na fase pré-processual ou em sede de execução criminal, na medida em que sem o aval do defensor a simples vontade do imputado não é suficiente para obter os prêmios legais. Desta forma, pode-se concluir que a lei em estudo expandiu a necessidade da presença do defensor como uma garantia mínima para o exercício da autodefesa decorrente da colaboração também e especialmente no inquérito policial e no procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público.

Passemos a analisar a maneira como será desenvolvida esta assistência do defensor.

⁹⁵¹AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 22, n. 265, p.4-5, dez. 2014

Neste ponto, mostra-se relevante analisar alguns critérios já experimentados na *common law* sobre este exercício, que podem trazer a melhor compreensão do tema.

Na prática estadunidense,⁹⁵² o cerne da aplicação prática da *plea bargaining* centra-se na densidade probatória dos elementos probatórios trazidos aos autos: caso efetivamente existam muitos elementos probatórios indicativos da certa condenação criminal do imputado pelo *jury*, o defensor, no exercício da defesa técnica do acusado, aconselha e busca entabular acordo com o *prosecutor*, a fim de obter benefícios de desconto de pena ou mudança da acusação para crimes mais levemente apenados.

Por outro lado, se não houver elementos probatórios suficientes para uma eventual condenação, cabe à defesa negar-se a qualquer acordo, pois o insucesso previsível da ação penal afasta qualquer necessidade do acordo.

No entanto, há aquelas situações na qual os elementos probatórios angariados pela acusação não são nem tão certos e suficientes para que se considere muito provável a condenação, nem tão débeis para que se possa projetar uma provável absolvição.

Aqui exsurge com maior vigor o trabalho da defesa técnica, pois deverá esta proceder à detida análise de todos os elementos fáticos e jurídicos do *case law* para que possa dar um parecer jurídico ao seu cliente sobre a conveniência ou não da realização do acordo com o órgão da acusação, pois o réu deve tomar a decisão de firmar o acordo com o conhecimento de todas as circunstâncias jurídicas e fáticas do caso, sendo decisivo o papel da defesa técnica.⁹⁵³

Assim, cabe à defesa técnica o difícil papel de apresentar ao imputado uma “avaliação prognostica” das chances de uma condenação, à vista dos elementos de direito e de fato existentes.⁹⁵⁴

E dada à relevância do papel do defensor em geral, mas de forma muito mais intensa na justiça consensual, em razão de sua avaliação sobre o caso interferir na conduta

⁹⁵² Rodriguez Garcia aduz sobre as *guilty pleas* estadunidense que elas podem ser: a) *voluntary ou uninfluenced*, na qual o acusado confessa sua culpa em razão desta estar configurada de forma tão evidente, que torna sem sentido sua negação, ou, ainda, para acalmar seu peso de consciência ou por não tem nenhuma vantagem em negar sua culpa; b) *struturally induced*, na qual o acusado se declara culpado em razão da lei estabelecer uma pena mais severa para aqueles que insistem em ir a júízo ou porque a prática judicial impõe pena menos severa a quem confessa o crime; c) *negotiated*, na qual a confissão de culpa decorre de uma negociação entre o *prosecutor* e o *defendant*, seja sobre o delito, pena ou ambos. (RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FERNANDES, Fernando Andrade. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 79-92., jan./mar. 1996.)

⁹⁵³ BROWN, Jeff. Meriti e limiti del patteggiamento. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif. Milano. *Il processo penale negli stati uniti d’America*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1988, p. 140.

⁹⁵⁴ DEGANELLO, M.; GASPARINI, A.; MOLLO, M.; ROSSETO, G. *Il processo penale statunitense: soggetti ed atti*. Torino: G Giappichelli editore, 1994, p. 47

do imputado de até mesmo desistir de tentar provar sua inocência, a Suprema Corte americana reconhece a necessidade de que o imputado seja adequadamente assistido por um *competent defender*,⁹⁵⁵ sob pena de invalidade da *plea*.⁹⁵⁶

Vale observar que a Suprema Corte americana reconhece, ainda, que esta avaliação prognóstica, ou seja, saber se o acusado será reconhecido como culpado ou inocente em sede de julgamento é tarefa difícil, mesmo para defensores competentes e inteligentes,⁹⁵⁷.

Em razão de tais características, o processo de *plea bargaining* envolve a responsabilidade profissional do defensor, que tem o dever de proteger os interesses de seu cliente, impondo-se reconhecer, contudo, que cerca de 80% das vezes em que um cidadão é acusado criminalmente ele é culpado⁹⁵⁸, razão pela qual a *plea bargaining* mostra-se mais apta a defender os interesses do acusado do que o próprio processo penal.

Da mesma forma ocorre no Brasil, pois a maioria das ações penais acaba por gerar a condenação do acusado, e, portanto, desponta como um dos mais efetivos exercícios de defesa do imputado a possibilidade de firmar acordo de colaboração premiada com afastamento da pena ou com a sua redução.

Em razão da necessidade de uma defesa técnica efetiva, como forma de legitimar a justiça consensual trazida pelo Lei n. 12.850/13, dois são os pressupostos para a existência de uma boa defesa técnica: a possibilidade da defesa investigar fatos e ter ela o pleno acesso aos elementos de prova (ou informação) produzidos pelos agentes da persecução penal.

A doutrina há tempos vem reclamando que se permita, como contraponto aos poderes maiúsculos de investigação do Ministério Público e como forma de dar igualdade de condições às partes, que seja instituída no país a investigação defensiva.

Coelho Zilli reconhece que, dado os poderes de investigação atribuídos ao Ministério Público mudanças constitucionais e processuais são necessárias para que se

⁹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Case: Brady v. United States, 397 U.S. 742, 748 (1970). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁹⁵⁶ É interessante notar que nos Estados Unidos a conveniência do *plea bargain* para o acusado é ainda mais evidente do que em outros ordenamentos jurídicos em face da previsão em alguns Estados americanos da pena capital, que pode ser afastada por meio do *plea bargain*.

⁹⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Case: Von Moltke v. Gilles, 332, U.S. 708 (1948). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/708/case.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁹⁵⁸ ROBIN, Gerald D. Introduction to the criminal justice system: principales, procedures, practice. New York: Harper & Row publishers, 1980, p. 244

atribua ao investigado uma permissão de poderes em igual medida,⁹⁵⁹ consignando Scarance Fernandes, que, em face à constatação de que o Ministério Público busca apenas coletar provas contra o investigado “Decorre daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos.”⁹⁶⁰

Ou seja, a investigação defensiva permitiria ao acusado, por meio de seu defensor, que produzisse provas em seu escritório, mediante oitiva de pessoas, por exemplo, não se confundindo com a mera possibilidade de acompanhar as provas produzidas durante a investigação.

Na Itália, após a modificação do art. 111 da Constituição, que realizou a adequação do sistema jurídico italiano à Convenção Europeia dos Direitos do Homem,⁹⁶¹ foi introduzido o art. 391bis no Código de Processo Penal, que passou a prever o exercício da atividade de investigação pela defesa, autorizando a defesa a contratar investigador particular, a entrevistar testemunhas documentando o ato, podendo a defesa, ainda, requisitar documentos diretamente à Administração Pública, e havendo recusa das pessoas ou da Administração Pública, a defesa requisitará ao Ministério Público que ouça as testemunhas e requisite os documentos; é facultado, ainda, à defesa o acesso a lugares públicos ou privados para executar vistorias, podendo, ainda, apresentar seus elementos probatórios colhidos diretamente ao juiz.⁹⁶²

Diante do sistema italiano o modelo brasileiro mostra uma diminuta possibilidade de produção de provas durante a investigação. De fato, durante a investigação criminal, o investigado tem apenas a faculdade de postular pela produção de provas à autoridade policial, a teor do art. 14 do Código de Processo Penal, mas tal solicitação, em face ao princípio inquisitivo próprio do inquérito policial, fica sujeito à livre discricionariedade da autoridade que preside a investigação, não se constituindo em um direito do investigado. À defesa é reconhecido, ainda, o direito ao acesso aos elementos de prova já produzidos, bem como tem o defensor direito acesso a locais públicos no exercício de sua profissão.⁹⁶³ A

⁹⁵⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os bons ventos de Haia. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 190, p. 14.

⁹⁶⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro, Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 21, p. 13.

⁹⁶¹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21

⁹⁶² MACHADO, André Augusto Mendes Machado. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 147-163

⁹⁶³ Art. 7º, VI, “b” e “c”, XIII, da Lei 8.906/94.

Defensoria Pública ostenta, ainda, poder de requisição de documentos e informações semelhante àquele atribuído ao Ministério Público.⁹⁶⁴

De qualquer forma, embora a defesa não esteja totalmente alijada da possibilidade de produção de provas, não se pode deixar de reconhecer a fragilidade em que se encontra na fase pré-processual quando comparada com a estrutura conferida ao Ministério Público e à polícia judiciária, impondo-se, assim, a necessidade de mudança legislativa para se conferir à defesa maior possibilidade de produzir provas, em especial, em relação à possibilidade de contratação de investigador particular e à possibilidade de ouvir testemunhas, tudo de forma a garantir a *par conditio* com o Estado-acusador⁹⁶⁵.

A necessidade da produção de provas na fase pré-processual pela defesa é mais sentida quando se constata que para a defesa técnica dar seu parecer jurídico ao imputado no tocante à celebração do acordo de colaboração premiada deve ter conhecimento, inicialmente, sobre a possibilidade de provar ou a inocência do assistido ou a existência de causas de redução de pena, para apenas depois avaliar a conveniência do acordo. De qualquer forma, como no país há a possibilidade da defesa de produzir alguns elementos probatórios durante a investigação, a defesa técnica também pode ser exercida na fase pré-processual, o que é suficiente para dar legitimidade mínima ao procedimento da colaboração premiada, embora deva ser aperfeiçoado com a ampliação da investigação defensiva, impondo-se a reforma legal para al finalidade.

Além da possibilidade de produzir provas na fase pré-processual, momento em que a maioria dos acordos de colaboração premiada ocorrem, é mister que a defesa tenha acesso a todos os elementos probatórios colhidos pelo Estado, seja pelo órgão do Ministério Público, seja pela autoridade policial, como forma de lhe garantir ao acusado a tomada de posição sobre o acordo da forma mais consciente possível.

A fim de permitir que a defesa técnica possa exercer sua “avaliação prognóstica”, é essencial que lhe seja garantida, tal como ocorre nos Estados Unidos, a possibilidade de ter acesso a todos os elementos de prova já descobertos pelo órgão de acusação

⁹⁶⁴ Art. 44, X, da Lei Complementar n. 80/94.

⁹⁶⁵ Na Itália a igualdade entre as partes é prevista no art. 111 da Constituição ao assegurar a paridade de condições entre a defesa e a acusação. Sobre o tema Ferrua pontua que este princípio não exige que as partes tenham assegurado o acesso aos mesmos instrumentos processuais, pois as funções da acusação e defesa são distintas. No entanto, a paridade entre as partes exige uma relação de necessária reciprocidade entre a parte que acusa (Ministério Público) e a parte que resiste (defesa), devendo o poder de um ser idoneamente contrabalanceado com uma função de oposta perspectiva, para ser assegurado equilíbrio na pesquisa e na formação da prova, no desenvolvimento da argumentação de fato e de direito, na crítica da decisão judicial. Ou seja, pode haver a paridade de condições mediante a disposição de instrumentos processuais diversos a cada uma das funções (FERRUA, Paolo. Il “giusto processo”. 3 ed. Bologna: Zanichelli editore, 2012, p.101-102).

(*disclosury*),⁹⁶⁶ de forma a permitir o exercício de sua defesa prévia à própria celebração do acordo, sob pena de renúncia indevida a um “julgamento inteligente”.⁹⁶⁷ Esta indevida renúncia, no Brasil, pode legitimamente ser compreendida como cerceamento de defesa do direito a formular o acordo de colaboração premiada conscientemente, atingindo a própria voluntariedade do acordo, inquinando-o de nulidade.

O direito de acesso da defesa aos elementos probatórios colhidos em sede de persecução penal foi cristalizado por meio da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, como já assentado anteriormente neste trabalho.⁹⁶⁸

Assim, como corolário do princípio constitucional da ampla defesa, o defensor deverá ter acesso aos elementos de prova já produzidos em qualquer espécie de investigação criminal.

No entanto, a súmula mencionada diz respeito apenas aos elementos de prova já documentados. Entende-se, assim, que, inexistente um direito absoluto ao acesso da defesa aos autos para evitar a frustração de diligências ainda em andamento que podem ser obstruídas caso o investigado delas tenha conhecimento, como é o caso da interceptação telefônica. Nestes casos, a defesa terá um contraditório diferido para após o encerramento da diligência em andamento, de forma a se preservar a eficiência da persecução penal e garantindo o direito à ampla defesa.⁹⁶⁹

⁹⁶⁶ Por este dispositivo legal, o prosecutor tem o dever de apresentar, a pedido do defensor, a substância de qualquer depoimento colhido, antes ou depois da prisão, bem como documentos que contenham declarações relevantes ao caso. (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Federal Rules criminal procedure. Art. 16. Disponível em: < https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_16 >. Acesso em 22 set. 2016.)

⁹⁶⁷ DEGANELLO, M; GASPARINI, A.; MOLLO, M.; ROSSETO, G. *Il processo penale statunitense: soggetti ed atti*. Torino: G Giappichelli editore, 1994, p. 47.

⁹⁶⁸ Item. 4.2.4 infra.

⁹⁶⁹ Neste sentido colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente - sequer de forma concomitante - os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 2266, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 26.5.2011, DJe de 13.3.2012), e, ainda: “Segundo se extrai da leitura da Súmula Vinculante 14, o Defensor pode ter acesso às diligências já documentadas no inquérito policial. No entanto, a diligência à qual o reclamante pleiteia acesso ainda está em andamento e, em virtude disto, a súmula vinculante não é aplicável ao presente caso. Rcl 10110, rel. Min. Ricardo Lewandowski. 6. Assim, independentemente da existência ou não da contradição suscitada pela Defesa, o acesso às diligências que ainda se encontram em andamento não é contemplado pelo teor da Súmula Vinculante 14. Tal hipótese não é contemplada sequer pelo artigo

Seguindo o entendimento sumular, o art. 7º, parágrafo 2º, da Lei 12.850/13, garante o acesso do colaborador aos elementos de prova que digam respeito ao exercício da defesa, ressalvando-se apenas as diligências em andamento.

Portanto, a defesa do colaborador deverá ter acesso, antes da celebração do acordo de colaboração premiada, de todos os elementos de prova já colhidos no inquérito policial ou no processo criminal, tudo de forma a resguardar o pleno conhecimento de sua situação jurídica antes da sua manifestação de vontade.

No entanto, havendo diligências investigativas em andamento que digam respeito ao próprio pretense colaborador, as quais a defesa ainda não tem conhecimento, entendemos que o acordo de colaboração premiada não poderá ser celebrado, porquanto inviabiliza o conhecimento correto deste imputado sobre a base fática e jurídica de seu caso perante o Estado, afastando, assim, a efetividade da defesa técnica. E, caso celebrado, poderá ser decretada sua nulidade, mas apenas a pedido do próprio colaborador, que é o único que tem legitimidade para postular por tal medida e aquilatar o prejuízo ocorrido.

É de se ressaltar, todavia, que as diligências pendentes devem estar relacionadas diretamente ao imputado e não a terceiros; isto é, caso não exista contra o imputado qualquer diligência pendente, havendo diligências apenas em relação a outros integrantes da organização criminosa, não haverá qualquer vício em sua vontade a justificar a configuração de uma nulidade.

A exigência da defesa plena e efetiva afasta a possibilidade de que o mesmo advogado seja constituído para patrocinar dois réus com defesas colidentes, pois um dos réus será prejudicado,⁹⁷⁰ e, assim, deve ser também para os acordos de colaboração premiada, sendo incabível a nomeação de um mesmo advogado para dois colaboradores com defesas colidentes.

Embora a lei seja silente, a experiência italiana indica ser também conveniente vedar a possibilidade de que o mesmo advogado represente em um mesmo processo ou

do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8906/94) citado pelo agravante. O artigo 7º da Lei nº 8906/94, alterado pela Lei nº 13.245/2016, dispõe o seguinte: Art. 7º São direitos do advogado (...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (...) § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 22062 AgR, Relator Ministro Barroso, Primeira Turma, julgamento em 15.3.2016, DJe de 20.5.2016)

⁹⁷⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 288.

investigação mais de um imputado, ainda que com defesas não colidentes, a fim de ser reduzida a possibilidade dos colaboradores “inventarem” uma versão dos fatos, acusando falsamente desafetos comuns, o que, embora limite o direito de escolha do defensor, resguarda o direito de terceiros e da sociedade em geral.⁹⁷¹

Dada às novas atribuições no processo penal conferidas ao defensor, há uma possibilidade maior de punições administrativas a este, tal como ocorre na experiência estadunidense,⁹⁷² caso haja com descaso com as normas da deontologia profissional,⁹⁷³ descurando-se de dar ao réu a melhor estratégia defensiva, devendo realizar uma exauriente exame do caso e das possíveis consequências para seu cliente ao firmar acordo de colaboração premiada.

E pela gravosa responsabilidade a ele atribuída, tem-se que, havendo discordância entre a defesa técnica e a vontade do acusado, prevalece a posição da defesa técnica sobre a vontade do imputado. Esta prevalência é decorrente da constatação jurídica de que a defesa técnica tem melhores condições de decidir sobre a conveniência ou não da estratégia de defesa, a fim de ser garantido o exercício da ampla defesa.

Este entendimento baliza, inclusive, a jurisprudência sumular do Supremo Tribunal Federal sobre a colidência de vontade entre a defesa técnica e a vontade do imputado em relação à interposição do recurso de apelação⁹⁷⁴, sendo considerado, inclusive, que o “defensor tem legitimidade própria e não apenas mera representação do acusado.”⁹⁷⁵

Volvendo-se ao sistema de nulidades, em se tratando de justiça consensual, o entendimento jurisprudencial da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal deve ser interpretado de forma muito restrita, pois o prejuízo do acusado é presumido em algumas

⁹⁷¹ Walter Bittar registra que: “[...] na busca de assegurar a transparência na gestão do colaborador, a Lei n. 45/2001 (através dos arts. 15 e 16 que inseriram o § 5, do art. 105 e o § 4-bis, do art. 106 do CPP, respectivamente) proibiu que mais de um colaborador da justiça que acuse a mesma pessoa, disponha de um defensor comum. Não há dúvida da limitação do direito de escolha do defensor. No entanto, a restrição é justificada no sentido de que busca impedir acusações manipuladas contra uma mesma pessoa.” (BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 22)

⁹⁷² BROWN, Jeff. Meriti e limiti del patteggiamento. In: *Il processo penale negli stati uniti d’America*. AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif. Milano: A. Giuffrè Editore, 1988, p. 139.

⁹⁷³ Sobre a ética do defensor, Ferrua assenta que, ao mesmo tempo em que é lícito e ético ao defensor procurar a melhor forma de defender seu cliente, inclusive por meio de ações protelatórias que busquem a prescrição, isto não dá lhe confere o direito de sabotar o processo com práticas que somente busquem impedir o desenvolvimento do processo (FERRUA, Paolo. *Il “giusto processo”*. 3 ed. Bologna: Zanichelli editore, 2012, p.116-117).

⁹⁷⁴ Súmula 705 do Supremo Tribunal Federal:” A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta.”

⁹⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 843.

situações difíceis de provar, não sendo necessária em tais situações a prova deste para a configuração da nulidade processual.

De fato, constatada deficiência da defesa técnica pela falta de acesso aos elementos probatórios existentes, inclusive em andamento contra seu cliente quando da colaboração premiada, ou pelo manifestamente equivocado parecer jurídico dado ao colaborador, impõe-se reconhecimento de que há violação do princípio constitucional da defesa efetiva do colaborador, da qual decorre, *ipse iure*, a nulidade do acordo e da colaboração prestada por violarem o princípio constitucional da ampla defesa, que é evidentemente de ordem pública, gerando em sua violação a nulidade do ato.⁹⁷⁶

A defesa técnica do colaborador ainda é marcada pela sua atuação quando o colaborador for ouvido como testemunha assistida, o que será desenvolvido neste trabalho,⁹⁷⁷ além de poder provocar a atuação do Ministério público requerendo a celebração do acordo de colaboração premiada.

Enfim, uma marcante influência da nova legislação do crime organizado foi modificação substancial da atividade técnica em relação aquela vivida antes do instituto da colaboração premiada, passando agora ser o acordo de colaboração premiada, quando cabível, uma opção a ser diligentemente analisada pelo advogado, como forma de dar ao imputado o melhor benefício jurídico possível, cumprindo, pois, a finalidade da defesa técnica.

⁹⁷⁶ Como assevera Badaró: “No processo penal há nulidade absoluta toda vez que for violada uma regra constitucional sobre o processo” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 789)

⁹⁷⁷ Item 6.5.

6 COLABORAÇÃO PREMIADA E PROVA

Dado ao caráter de meio de obtenção de prova, passamos a analisar a colaboração premiada e sua relação com a produção probatória.

6.1 PROVA

Para aplicar o direito ao caso concreto, o juiz deve analisar os fatos demonstrados e a eles aplicar o direito cabível; isto é, a aplicação e interpretação do direito somente é possível com a demonstração de uma situação fática que permita o reconhecimento da incidência da norma penal.⁹⁷⁸

A persecução penal para ser concretizada depende da demonstração de fatos, estando condicionada pela reconstrução história dos fatos tido como criminosos, uma vez que a norma penal incide sobre condutas humanas praticadas no passado, sendo comum comparar-se a atividade do juiz ao do historiador.⁹⁷⁹

A função da prova é estabelecer a verdade dos fatos, a fim de permitir o convencimento do magistrado sobre sua ocorrência, gerando um provimento judicial justo, que decorre de um operação complexa.⁹⁸⁰

Vigourou por muito tempo o entendimento de ser possível a descoberta da verdade absoluta dos fatos, conceito que, dado aos avanços da ciência jurídica, foi superado pela constatação de que, dadas às limitações epistemológicas e garantias individuais decorrentes do processo penal, esta verdade absoluta é inalcançável.⁹⁸¹

A realidade jurídica, porque decorrente da falibilidade do ser humano, deve se contentar com a verdade possível, aquela que seja o mais próximo possível da verdade real ou absoluta.

Como reconhece Paolo Tonini,

⁹⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 207.

⁹⁷⁹ Para Magalhães Gomes: “[...] a fundamental distinção entre as tarefas do juiz e do historiador, ambos empenhados na reconstrução de acontecimentos passados: para este último, o resultado das investigações pode constituir êxito meramente pessoal, ou apenas compartilhado no âmbito restrito de uma comunidade científica, ao passo que o magistrado atua em função e no interesse de toda a sociedade, a quem deve prestar contas, para que sejam reconhecidas como válidas as conclusões do procedimento probatório.”(GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p 18.

⁹⁸⁰ Para Chiavario, a função da prova é complexa, pois combina aspectos cognitivos e aspectos valorativos (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6 ed.Torino: UTET Giuridica, 2015, p. 348)

⁹⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 377.

[...] para realizar justiça não é indispensável conhecer a “verdade absoluta”: as provas demonstrarão o quão provável é a hipótese ou em que medida pode ser descartada. Não é necessário que a reconstituição do fato histórico seja “perfeita”, mas deve ser razoável.⁹⁸²

A verdade possível é aquela em que há um elevado grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas indicam, a ponto de gerar a certeza que convença o juiz sobre tal fato histórico.⁹⁸³

O reconhecimento de que a verdade absoluta não é alcançável gera uma consequência jurídica relevante no tocante às garantias constitucionais: não sendo a verdade absoluta inalcançável, o fim de do processo penal não pode ser a apreensão desta verdade, o que também afasta a necessidade da existência de poderes ilimitados aos órgãos da persecução penal e aos magistrados para a busca desta verdade, busca esta que será infrutífera.

A redução dos poderes do Estado na busca desta verdade constitui um pilar de proteção aos direitos humanos, afastando, dentre outras possibilidades, a busca da confissão a qualquer custo, inclusive tortura, a interceptação telefônica sem autorização judicial, a busca domiciliar realizada pelos agentes policiais sem autorização judicial, etc.

Não obstante a consideração de que a verdade não pode ser apreendida em sua perfeição, é de se ressaltar que a verdade ainda continua sendo um dos parâmetros relevantes do processo penal, tendo em vista que um dos escopos da jurisdição é a realização da justiça, que, por sua vez, somente será atingida por meio da demonstração de fatos esclarecedores sobre a verdade dos fatos, ainda que de forma limitada.⁹⁸⁴

A relevância da prova é percebida por Taruffo no processo de convencimento do juiz, afastando-se das revelações divinas próprias de regimes jurídicos medievais, pois

[...] o juiz não aposta, não prevê, não joga e não arrisca: sua tarefa é <<produzir certeza>>, ou seja, resolver a dúvida sobre veracidade ou falsidade das hipóteses sobre os fatos. Ele escolhe entre alternativas originalmente incertas, decidindo qual das alternativas pode ser

⁹⁸² TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

⁹⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 377

⁹⁸⁴ “Ainda que a obtenção desta verdade possa ser limitada pelos diversos fatores antes apontados, não se poderia conceber uma sentença justa que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos: se fosse assim, os sistemas processuais não se ocupariam em prever os diversos meios de impugnação para reexame de decisões errôneas sobre os fatos, inclusive depois do trânsito em julgado.”(GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p 54).

considerada <<certa>> por sua veracidade ou falsidade ter sido demonstrada pelas provas.⁹⁸⁵

Há, pois, uma clara relação entre a demonstração do fato pela prova, o convencimento do juiz e a decisão jurisdicional, razão pela qual a matéria probatória ostenta especial importância no direito processual.

Em função desta relação, o direito a produzir provas está jungido de forma inexorável ao direito de ação e de defesa, pois caso não seja permitido às partes a produção de elementos probatórios aptos para convencer o magistrado do acerto da tese demonstrada, de nada adiantaria a previsão sobre o direito de ação e de defesa.⁹⁸⁶

Representando a importância dada no cenário internacional sobre esta correlação necessária, o art. 8.2. 'f', da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê como garantia mínima de defesa o direito de inquirir testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento de testemunhas e peritos que possam lançar luz sobre os fatos, ou seja, garante o direito à prova dos acusados em geral.

Como assenta Magalhães Gomes dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa (art. 5º, LV), devido processo legal (art. 5º, LIV) e presunção de inocência (art. 5º, LVII) pode se extrair o “direito de defender-se provando”, que é “pressuposto de um processo justo e equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade”.⁹⁸⁷

Os objetos de prova são “os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação.”⁹⁸⁸

Na colaboração premiada, a lei⁹⁸⁹ estabelece o objeto da prova a ser produzida, ao qual podemos denominar de “fato delatado”, embora não tipificado o objeto por seu conteúdo, mas sim pelo seu resultado. Isto porque a lei prevê que o fato delatado deve gerar alguns dos seguintes resultados probatórios: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela

⁹⁸⁵ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 225.

⁹⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.77.

⁹⁸⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 80.

⁹⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 564

⁹⁸⁹ Art. 4º, caput, da Lei 12.850/13.

organização criminosa; d) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. No tocante à hipótese do art. 4º, III, da Lei 12.850/13 dela teceremos considerações no item 6.6 *infra*.

Vale aqui observar que as hipóteses dos incisos I a V, do art. 4o, da Lei 12.850/13, cumprem dupla função, dado ao caráter dúplice da colaboração premiada. Inicialmente em relação ao colaborador, estas hipóteses assumem a função de requisitos do acordo de colaboração premiada, que serão analisados pelo magistrado em juízo de admissibilidade do acordo. Posteriormente ao acordo, agora em relação ao delatado, estas hipóteses restringem o objeto da prova previstos previamente pelo legislador, não podendo a prova decorrente da colaboração premiada visar a outros objetivos não previstos expressamente no texto mencionado no tocante à persecução do crime organizado, ainda que se reconheça a grande amplitude das mencionadas hipóteses.

Tecidas estas considerações, a palavra *prova* pode ser considerada em seu aspecto jurídico ao menos em três acepções: procedimento probatório, que é a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova; meios de prova, que são os meios empregados na demonstração dos fatos e resultado probatório, que é o convencimento exteriorizado pelo julgador.⁹⁹⁰

Já definido, conforme item 2.7.2 *supra*, que a colaboração premiada ostenta a natureza de meio de obtenção de prova, importa-nos agora a análise do procedimento probatório e seu resultado no convencimento do magistrado,

A introdução das provas pelas partes no processo não constitui direito absoluto, estando sujeita a procedimento probatório regrado em lei, que permite às provas desempenhar a função de fixar os fatos no processo, e, por consequência no seio da sociedade, cumprindo, desta maneira, a função de legitimar as decisões judiciais.⁹⁹¹

O procedimento que visa produzir provas de forma coordenada e organizada, isto é, o procedimento probatório, gera outra classificação comum na doutrina sobre provas típicas e atípicas, sendo aquelas as quais a lei prevê um procedimento próprio para sua produção, enquanto nestas não há esta previsão de procedimento,⁹⁹² podendo nem haver a previsão sobre sua existência.

⁹⁹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 159.

⁹⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 91-92

⁹⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

O procedimento probatório previsto previamente em lei objetiva garantir a “genuinidade e a capacidade demonstrativa de tal meio de prova.”⁹⁹³

A prova atípica⁹⁹⁴ é permitida na lei processual penal, dado que não há a taxatividade na existência dos meios de prova. De fato, como se depreende do art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal há apenas uma limitação da prova em relação à sua taxatividade: somente em relação ao estado das pessoas serão observadas as limitações da lei civil, razão pela qual, a *contrario sensu*, em relação aos demais fatos há liberdade relacionada à tipicidade das provas previstas no Código. Neste sentido, pode-se reconhecer, ainda, a incidência do art. 332 do Código de Processo Civil, aplicável analogicamente ao processo penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal, que preceitua que todos os meios legais e os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, são aptos juridicamente a provar os fatos.

Enfim, no tocante aos demais meios, como assevera Tourinho Filho: “não há, em tese, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão-somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana.”⁹⁹⁵

A colaboração premiada antes do advento da Lei 12.850/13 poderia ser considerada um meio de obtenção de prova atípico, pois, embora fosse prevista na legislação esparsa não possuía um procedimento para sua produção, que se limitava apenas ao interrogatório do imputado-colaborador. No entanto, com o advento da Lei 12.850/13 foi previsto todo um procedimento probatório para sua produção, suprimindo a lacuna existente. Assim, a colaboração premiada, enquanto analisada sob seu aspecto probatório, integra o rol dos meios de obtenção de prova típicos.⁹⁹⁶

O procedimento probatório possui, ainda, momentos, que podem ser divididos em fases conforme suas características.

Eduardo Araujo da Silva vislumbra cinco momentos do procedimento:

⁹⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 387.

⁹⁹⁴ Esta prova não se confunde com a “prova irritual”, que é aquela realizada sem a observância do procedimento probatório previsto em lei e a “prova anômala”, que é aquela prova típica utilizada ou para finalidade distinta da que lhe seria própria ou “para fins característicos de outras provas típicas.”(BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 387.)

⁹⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 567.

⁹⁹⁶ Badaró afirma, inclusive, que a colaboração premiada por ter um procedimento previsto em lei “um conjunto de atos consistindo um verdadeiro incidente probatório.”(BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 453).

(1), a obtenção da prova, consistente na busca dos elementos de prova que serão expostos em juízo através dos meios de prova; (2) a proposição da prova, que se resume na indicação do juiz dos meios de provas pelas partes; (3) a admissão da prova, através da qual o juiz aceita ou não os meios de prova propostos; (4) a produção da prova, por meio da qual o objeto da prova é introduzido no processo; e (5) a valoração da prova, por intermédio da qual o juiz aprecia os meios de prova constantes do processo.⁹⁹⁷

Para Pacelli, são quatro os momentos deste procedimento: “(...) a da obtenção, a da introdução e produção no processo e, por fim, a da valoração da prova, na fase decisória.”⁹⁹⁸ De forma, assemelhada, Tourinho Filho reconhece que: “As atividades atinentes ao procedimento probatório desdobram-se em quatro momentos: a) proposição ou indicação; b) admissão; c) produção; d) valoração”.⁹⁹⁹

Já Vicente Greco entende haver três momentos da produção da prova: “[...] o momento do requerimento ou propositura, o momento do deferimento e o momento da produção”.¹⁰⁰⁰

Assenta Magalhães Filho que o procedimento probatório é desdobrado em cinco momentos: a) investigação; b) a propositura; c) admissão; d) produção e e) valoração.¹⁰⁰¹

Adotaremos no trabalho a classificação trazida por Magalhães Filho, uma vez que contém os cinco momentos essenciais do procedimento probatório, estando mais afinado com o reconhecimento de que também elementos colhidos na fase pré-processual constituem também provas, como será visto.¹⁰⁰² Além disso, a identificação do momento inicial da investigação da prova ostenta grande relevância para a colaboração premiada, que é o objeto de estudo deste trabalho.

Passaremos a analisar de forma específica cada um destes momentos probatórios e sua relação com a colaboração premiada, consignando que já assentamos as linhas gerais das fases do procedimento próprio da colaboração, em especial, no tocante ao acordo de colaboração premiada.¹⁰⁰³

⁹⁹⁷ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: procedimento probatório*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52

⁹⁹⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ed. ver. e ampl. Atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 344.

⁹⁹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 576.

¹⁰⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218

¹⁰⁰¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86-89.

¹⁰⁰² Em razão desta circunstância, optou-se no trabalho por analisar o procedimento probatório na fase pré-processual e na fase processual de forma integrada e não dividida.

¹⁰⁰³ Item 5.2.6 supra.

6.2 DIREITO À INVESTIGAÇÃO

A faculdade de procurar e encontrar fontes de provas é pressuposto necessário do exercício do direito à prova.¹⁰⁰⁴

É de se ressaltar que o direito à investigação de provas não se confunde com a atividade exercida pela polícia judiciária, embora esta seja uma das responsáveis de forma institucional pela busca de fontes de provas. O direito de investigação de fontes de provas é exercido em qualquer fase do processo, seja na fase pré-processual, processual ou até mesmo pós-processual, porquanto até mesmo em fase de execução de pena criminal é possível a investigação de fontes de provas que gerem a inocência do sentenciado por meio de ação de revisão criminal. Este direito de busca de fontes de prova é titularizado pelo Ministério Público e imputado, assistido por seu defensor, sendo o delegado de polícia responsável, em regra, por colher os elementos de prova solicitados por estas partes na fase pré-processual, além de ter a iniciativa autônoma de fontes de provas.

Neste passo, é característica do modelo não adversarial, adotado no Brasil, que as atividades de pesquisas de fontes de provas na fase pré-processual recaiam sobre os órgãos oficiais da persecução penal, a saber, a polícia judiciária e ao Ministério Público, enquanto o modelo adversarial é caracterizado justamente pela possibilidade de investigação de provas também pela defesa.

A polícia judiciária está ligada institucionalmente à função de pesquisar fontes de prova. De fato, cabe-lhe a premente função de instaurar e presidir inquérito policial, que possui como finalidade justamente a investigação a respeito da existência do fato criminoso e de sua autoria,¹⁰⁰⁵ documentando-as, a fim de dar subsídio fático ao Ministério Público para a formação da sua *opinio delicti* e eventual oferecimento de denúncia.

Além disso, a investigação pela polícia judiciária tem “[...] a importante função garantista de impedir acusação destituída de suficiente base, só podendo ser dispensado quando a denúncia ou queixa esteja lastreada em outras peças de informação”.¹⁰⁰⁶

É comum ser afirmado que o inquérito policial ostenta a natureza de um procedimento administrativo que segue o princípio inquisitivo, não incidindo neste

¹⁰⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.

¹⁰⁰⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

¹⁰⁰⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 94.

procedimento os princípios que regem os atos processuais, tais como o contraditório, a publicidade, a ampla defesa, dentre outros.¹⁰⁰⁷

No entanto, concordamos com Marta Saad, quando reconhece que há no inquérito policial uma acusação, ainda que não seja aquela formalmente formulada pelo Ministério Público. Isto porque é inegável que há uma atribuição ou afirmação de fato criminoso a alguém, que pode ser alvo de várias medidas restritivas de direitos que podem ser deferidas no curso do inquérito, tais como a prisão preventiva, mandado de busca e apreensão domiciliar, arresto, quebra de sigilo fiscal, dentre outros. Desta maneira, ante a relevância da fase de investigações na formação do futuro processo penal e, ainda, as medidas restritivas mencionadas, é de se reconhecer que é imprescindível que o exercício do direito à ampla defesa também seja exercido na fase pré-processual.¹⁰⁰⁸

Evidentemente, como já salientado neste trabalho sobre o regime de sigilo, o exercício deste direito de defesa pode sofrer limitações, de forma excepcional, quando sua restrição for temporariamente necessária para a consecução da sua finalidade precípua de investigação de fontes de prova. Mas superada a necessidade da restrição, deve-se permitir à defesa o amplo acesso aos elementos de prova coligidos.

Ao Ministério Público cabe, em princípio, supervisionar a atividade de investigação realizada pela polícia judiciária, podendo requerer para tanto que a polícia judiciária realize diligências para complementar aquelas já realizadas; além disso, o *Parquet* pode, de per si, requisitar diligências a outros órgãos públicos.

Dada à ausência de texto normativo expresso, discutiu-se muito na doutrina sobre a possibilidade do Ministério Público presidir investigações de forma autônoma ao inquérito policial, a fim de se identificar se este órgão ostentaria poder de investigação autônomo e não meramente complementar à autoridade policial.

Sobre o tema, podemos recordar a posição de Vicente Greco para quem a atividade de persecução penal em sentido amplo, abrangendo a investigação e a formal acusação, não pode estar concentrada em um mesmo órgão, a fim de se evitar que a participação do *Parquet* como investigador ativo “comprometa a dignidade e importância garantista da formação imparcial da *opinio delicti*”, pois é da dialética da separação destas funções que surge a justiça.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115

¹⁰⁰⁸ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *O direito de defesa no inquérito policial civil*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2002, p. 134-136.

¹⁰⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

Em sentido contrário, sustenta-se que a investigação criminal não é atribuição exclusiva da polícia judiciária, decorrendo do texto constitucional poderes implícitos, pois se a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público o direito de promover a ação penal, deve a instituição estar permitida a valer-se dos meios de investigação para exercer esta obrigação constitucional.¹⁰¹⁰

De qualquer forma, após muita discussão sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal reconheceu este poder conferido ao Ministério Público.¹⁰¹¹

Sobre o direito à investigação pela defesa,¹⁰¹² ou defensiva, a defesa pode no sistema estadunidense realizar atividades anteriores às audiências das testemunhas, visando conhecer as versões das testemunhas, podendo, inclusive, prepará-las para o julgamento, o que na cultura do sistema europeu-continental pode ser visto como afronta às regras éticas da tanto do Ministério Público quanto da advocacia.¹⁰¹³

Além dos momentos próprios do procedimento probatório, na colaboração premiada há a investigação de fontes de provas pelo Estado em dois momentos, sendo o acordo de colaboração o marco referencial desta investigação: investigação prévia e *a posteriori*; já a investigação pela defesa é mais efetiva quando realizada de forma prévia à celebração do acordo.

Em verdade, percebe-se uma estrutura investigativa preliminar da qual a colaboração premiada está vinculada.

De fato, no tocante à investigação prévia ao acordo, o Estado deve realizar diligências investigativas para inicialmente ter indícios da existência de uma organização

¹⁰¹⁰ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A imprescindibilidade do procedimento investigatório do ministério público. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul: REVIJUR*, Campo Grande, v. 3, n. 3, p. 103-116., 2000.

¹⁰¹¹ O Supremo Tribunal Federal reconheceu em recente julgamento do Tribunal Pleno, ao apreciar recurso extraordinário com repercussão geral, que: “[...] o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade sempre presente no Estado democrático de Direito do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator para acórdão Min. Gilmar Mendes. RE 593727. Julgado em : 18 mai 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593727&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 15 jun. 2015). Esta decisão traz sem qualquer dúvida uma valorização das funções institucionais do Ministério Público, mas mantém a dualidade das investigações na fase pré-processual em nosso ordenamento pátrio.

¹⁰¹² O assunto foi desenvolvido no item 5.5 deste trabalho.

¹⁰¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

criminosa e de seus crimes. Posteriormente, deverá ser realizada diligência para a tentativa de identificação de algum integrante da organização criminosa.

Deverá, ainda, após identificá-lo, obter provas da participação dele na organização criminosa, devendo estas provas serem sólidas a ponto de justificar, de per si, ao menos o oferecimento de uma ação penal. E tal cautela é indispensável, pois, não havendo estas provas suficientes, o investigado não terá qualquer motivo para querer colaborar com a persecução penal, salvo as raras, mas possíveis, hipóteses de arrependimento moral do imputado ou de necessidade de proteção em relação aos demais integrantes da organização criminosa. Aliás, como já mencionado no item 5.5 supra, desponta a necessidade de uma avaliação dos elementos trazidos pela investigação pelo defensor do colaborador, a fim de que ofereça o seu parecer jurídico sobre a conveniência ou não da celebração do acordo.

Portanto, a colaboração premiada trazida pela lei pressupõe uma intensa e vigorosa atividade investigativa prévia, que antecede a fase de celebração do acordo para justamente permitir sua formalização;¹⁰¹⁴ é de se afastar, pois, a crítica de que o uso da colaboração premiada pressupõe uma falha do Estado em investigar as infrações penais, porquanto, em verdade, a colaboração premiada somente terá utilidade e será viabilizada após um intenso e exitoso esforço investigativo dos órgãos do Estado.

Celebrado o acordo, passa o Estado ao outro momento de investigação de fontes de provas, mas agora, ao contrário da fase de investigação prévia em que o objetivo era a confirmação da credibilidade do colaborador, o objeto da investigação volta-se precipuamente para o delatado e às informações efetivamente prestadas pelo colaborador, que deverão ser investigadas para, por primeiro, corroborarem a confiança que o Estado depositou no colaborador, sob pena de perda dos prêmios legais, e em seguida, permitirem a produção de elementos de informação e provas sobre os fatos delatados.

Esta investigação preliminar envolverá os sistemas de inteligência da polícia, exigindo a análise cruzada de dados de ocorrências policiais, bem como diligências em locais prováveis de reunião da organização, interceptação telefônicas e de dados,

¹⁰¹⁴ No mesmo sentido, Mendroni observa que para a análise dos dados acerca da colaboração premiada, deve haver a “potencialização da fase investigativa processual, a exemplo do quem ocorrendo em todos os países europeus. Isto significa que na fase de investigação pré-processual, tanto a Polícia como o Ministério Público, os Advogados e também o Juiz deverá atuar de forma mais presente. Essa fase, que delegada quase em sua totalidade à Polícia, deverá se revestir de maior acompanhamento por parte do Ministério público, dos Advogados e do Judiciário sem pre que se tratar de investigação de crimes praticados por organizações criminosas e, como também nos parece, em outros de reconhecida complexidade e gravidade.”(MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crimes organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 6 ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 177)

possuindo grande relevância, ainda, os confidentes da polícia¹⁰¹⁵, *whistleblowers*, os agentes infiltrados¹⁰¹⁶, além de denúncias anônimas.

Em face à violência das organizações criminosas, é comum que vítimas resolvam delatar os crimes da organização, bem como seus autores, geralmente por meio de denúncias anônimas, embora seja vedado constitucionalmente o uso do anonimato.¹⁰¹⁷ Esta vedação torna uma denúncia anônima da prática de um crime, de per si, insuficiente para justificar sequer a abertura de uma investigação formal por meio de inquérito policial. Contudo, em casos deste jaez, é permitido à autoridade policial, forte na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que proceda a uma averiguação sumária para apurar a verossimilhança dos fatos contidos na denúncia anônima, a fim de que, caso frutíferas estas diligências, possa embasar, de forma desvinculada da peça apócrifa, a instauração do inquérito policial.¹⁰¹⁸

A única ressalva à averiguação sumária é a que permite a execução de diligências sem a formal instauração do inquérito policial, dificultando o controle das diligências

¹⁰¹⁵ Os confidentes da polícia são “pessoas cujas informações não são introduzidas no processo através de um testemunho direto, mas trazidas por terceiros, com o fim de resguardar o anonimato e o sigilo da fonte da prova.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 65). Podemos acrescentar que estes confidentes da polícia mantem normalmente alguma relação continuada com a polícia, desde recebendo dinheiro ou apenas proteção. A jurisprudência italiana e alemã, embora em dissonância com a doutrina, autoriza o uso destes testemunhos indiretos, mas com algumas ressalvas, considerando este elemento probatório mais fraco no tocante à sua valorização pelo juiz (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 66).

¹⁰¹⁶ A infiltração de agentes policiais está prevista no art. 10 da Lei 12.850/13.

¹⁰¹⁷ Art. 5o, IV, da Constituição Federal: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

¹⁰¹⁸ Sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal trouxe alguns parâmetros para a utilização de denúncia apócrifa na persecução penal: “(a) o escrito anônimo não justifica, por si só, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração da “persecutio criminis”, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça, ou que materializem o “*crimen falsi*”, p. ex.); (b) nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discrição”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “persecutio criminis”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas; e (c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua “opinio delicti” com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria, desde que os dados informativos que dão suporte acusação penal não derivem de documentos ou de escritos anônimos nem os tenham como único fundamento causal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 109598 AGR / DF – Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10794895>>. Acesso em 25 set. 2016)

policiais, abrindo espaço para arbitrariedades dos agentes estatais, por ser uma averiguação secreta, razão pela qual a providência deve ser excepcional.

A averiguação sumária é relevante para apurar a credibilidade da delação anônima ou aquela praticada pelo colaborador, evitando a instauração de inquéritos policiais inúteis e, mais, afastando efeitos jurídicos na esfera do delatado em relação a eventuais denúncias falsas trazidas por inimigos do delatado. Por estas razões a averiguação produz o equilíbrio na proteção dos direitos dos investigados, de um lado, e do interesse público na persecução penal dos crimes.

Já sob o ponto de vista da defesa do colaborador, a necessidade da investigação dos fatos pela defesa decorre da necessidade de possuir os elementos probatórios que indiquem o prognóstico do resultado do processo em relação ao imputado, a fim de atingir o escopo da lei no tocante ao aspecto anímico da manifestação de vontade.

Ao ser firmado o acordo na fase pré-processual, o colaborador está sujeito a mais riscos do que na fase processual. Isto porque na fase processual há denúncia formalmente oferecida, que delimita os fatos objetos da imputação, possuindo a defesa, então, acesso a todos os elementos fáticos e jurídicos contrários ao seu assistido, o que lhe permite uma melhor visão da situação jurídica-processual. Já na fase pré-processual, há limitações ao acesso da defesa aos elementos de prova angariados, em especial em relação às diligências em trâmite e a eventuais outros acordos de colaboração, que ainda estarão sujeitos ao regime de sigilo. Ademais, não há, ainda, delimitação dos fatos que serão increpados ao potencial colaborador, o que dificulta o papel da defesa, até mesmo porque aqui poderá haver ameaças de *overcharging* por parte dos órgãos do Estado.

Não se pode, ainda, olvidar, que, dada aos poucos instrumentos jurídicos existentes no país para que a defesa possa exercer a investigação de provas na fase pré-processual, há aqui claro desequilíbrio da *par conditio*, sob o enfoque da celebração do acordo de colaboração premiada, que é o cerne do procedimento previsto em lei para este instituto. Desta forma, sob o prisma da defesa, deverá ser celebrado o acordo na fase pré-processual apenas nas situações excepcionais nos quais já exista um grande arcabouço probatório da responsabilidade penal do assistido.

Já em relação ao delatado, o exercício do direito de investigar provas iniciar-se-á após a celebração do acordo de colaboração premiada, devendo seguir o rito geral do exercício do direito de defesa, seja na fase pré-processual ou processual.

Por fim, analisa-se a iniciativa probatória do juiz.

O poder instrutório do juiz, por si só, não causa prejuízo à dinâmica processual, pois as partes mantem seu poder de investigar e requerer a produção de provas. Por outro lado, este poder não tem, em regra, reflexo sobre sua imparcialidade, na medida em que ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe previamente o resultado desta prova, e, portanto, não sabe se beneficiará ou não uma das partes. Ademais, o contraditório e a motivação das decisões judiciais são instrumentos idôneos e adequados para se afastar da iniciativa probatória do juiz o vício da sua parcialidade.

Contudo, em respeito ao princípio acusatório, o juiz deverá abster-se de pesquisar fontes de prova, ou seja, investigar.¹⁰¹⁹ Isto porque há o risco concreto de nesta hipótese de pesquisa de fontes de prova o juiz pré-conceber uma hipótese para os fatos, a fim de que, com base nesta preconcepção sobre a dinâmica dos fatos, determine diligências probatórias, o que pode configurar um pré-julgamento da causa pela eleição mental de uma hipótese de possível verdade. Diversa é a situação em que o juiz determine diligências para complementar provas que já estão nos autos,¹⁰²⁰ como por exemplo determinar a oitiva de uma testemunha referida.

Não cabe ao magistrado o controle do material investigativo produzido na fase pré-processual,¹⁰²¹ porquanto o julgamento deste material deverá ser realizado apenas após o oferecimento da ação penal, sendo certo que, dada à redação atual do art. 156 do Código de Processo Penal, cabe-lhe apenas uma atividade supletiva à atividade probatória das partes.¹⁰²²

6.3 PROPOSIÇÃO

¹⁰¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90

¹⁰²⁰ “Um entendimento razoável dos instrumentos probatórios do juiz leva a que só se imponha a audição de uma testemunha cujos conhecimentos se revelem através de outros elementos probatórios que já estão nos autos.” (JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. **Julgat**, Lisboa, n. 3, p. 61-84, set./dez. 2007, p. 71)

¹⁰²¹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ed. ver. e ampl. Atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 456.

¹⁰²² Anota Vicente Greco sobre o art. 156 do Código de Processo Penal: “[...] o Código atribui, primeiramente, a iniciativa probatória às partes, e, depois, ao juiz, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ou seja, ponto já colocado, sobre o qual já houve atividade probatória, mas restou duvidoso. Daí ser possível concluir que, mesmo no processo penal, os poderes instrutórios do juiz, quanto à determinação de prova de ofício, são poderes complementares à iniciativa das partes que têm o ônus originário de requerer ou propor as provas pertinentes.” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 228)

O direito à proposição da prova corresponde à faculdade atribuída às partes de propor, indicar e requerer a produção de provas,¹⁰²³ podendo ser atribuído também à vítima, quando houver indicação de assistente da acusação.¹⁰²⁴

Na fase pré-processual, a defesa ostenta escassos poderes de iniciativa de provas, como já assinalado neste trabalho, havendo ali uma preponderância da atividade probatória realizada pelos órgãos de persecução penal, que agem de forma independente entre si. Não estão definidos na fase pré-processual momentos específicos de postulação de provas. De qualquer forma, a defesa pode requerer diligências, não ao juiz, mas ao delegado de polícia; enquanto isso, o Ministério Público requisita diligências diretamente à autoridade policial, com exceção daquelas que necessitam de autorização judicial, quanto então tanto este quanto a autoridade policial devem dirigir-se ao magistrado.

Na fase processual, o Código de Processo Penal prevê que os requerimentos probatórios sejam realizados pelo Ministério Público com o oferecimento da denúncia, devendo ele, inclusive, indicar expressamente as testemunhas que buscará ouvir.¹⁰²⁵ A defesa, por seu turno, deverá, em regra indicar as provas quando da sua resposta escrita à acusação após a citação inicial.¹⁰²⁶

Ao final da instrução, as partes e o assistente de acusação poderão requerer diligências cuja necessidade decorra dos elementos probatórios angariados durante a instrução,¹⁰²⁷ havendo aqui uma limitação à proposição dos requerimentos das partes, pois deverão necessariamente ostentar um caráter complementar a algum elemento probatório já produzido, não podendo este momento ser usado para requerer a produção de prova preclusa.¹⁰²⁸

Tecidas estas considerações, o direito à proposição da prova encontra na colaboração premiada um sentido diverso daquele relativo aos demais meios de prova e de obtenção de prova. Isto porque em relação a estes o direito à proposição significa a faculdade de requerer ao juiz que produza a prova independentemente da vontade da parte contrária, podendo o requerimento ser deferido ou não. Na colaboração premiada, no entanto, quando considerado o direito de proposição do imputado-colaborador não há uma proposição individual de cada uma das partes; há tão-somente um requerimento

¹⁰²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.88)

¹⁰²⁴ Art. 271 do Código de Processo Penal.

¹⁰²⁵ Art. 41 do Código de Processo Penal.

¹⁰²⁶ Art. 396 do Código de Processo Penal.

¹⁰²⁷ Art. 402 do Código de Processo Penal.

¹⁰²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 612.

exclusivamente conjunto entre o imputado e o acusador que, ao contrário de significar uma postulação para que seja produzida uma diligência probatória, veicula inicialmente um requerimento de homologação judicial da vontade das partes. Posteriormente a este, o órgão acusador postulará a produção da oitiva do colaborador.

Nada impede que a defesa do delatado possa também requerer a oitiva do colaborador quando o Ministério Público não o faça, a fim de permitir o contraditório sobre a oitiva deste.

De fato, embora raros, haverá casos em que o órgão acusador não buscará a oitiva do colaborador em juízo. Podemos citar a possibilidade de que a cooperação do colaborador se limite a entregar alguns documentos que comprovem ser o delatado o autor de um delito apurado como crime conexo, embora o colaborador não tenha presenciado ato algum. Neste caso, em princípio o Ministério Público poderá deixar de buscar a oitiva do colaborador, mas a defesa poderá pleitear sua oitiva como decorrência da colaboração premiada em face do princípio da ampla defesa, seguindo as mesmas limitações acima mencionadas em relação ao Ministério Público.

Depreende-se do acima expedido que a lei processual traz restrições temporais aos requerimentos propositivos sobre as provas.

Todavia, em relação à colaboração premiada não há a limitação de momento para seu requerimento, dada sua natureza dúplice de meio de defesa e meio de obtenção de prova, pois a fase de negociação e de confirmação podem ocorrer a qualquer momento, conforme reza o art. 4º, caput, da Lei 12.50/13.

Desta conclusão, e em face à indevida lacuna da lei sobre este direito à proposição sobre a oitiva do colaborador, impõe-se analisar as diversas hipóteses possíveis.

Caso a colaboração premiada seja firmada e homologada judicialmente antes do oferecimento da denúncia, o Ministério Público deverá apresentar em seu rol de testemunhas o colaborador como testemunha de acusação, permitindo, assim, que o delatado tenha conhecimento e possa requerer as provas cabíveis para se contrapor às declarações do colaborador, mesmo que o colaborador seja também denunciado, oportunidade em que será ouvido quando do interrogatório.

Se o acordo de colaboração ocorrer após o oferecimento da denúncia, mas antes da prolação da sentença, o Ministério Público ostenta o direito a propor a oitiva do colaborador, quando não seja ele denunciado, dado que a colaboração premiada poderá ser postulada a qualquer tempo como se depreende da sistemática do art. 4º da Lei 12.850/13.

Neste caso, por incidir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que geram o direito da parte à produção de prova contrária,¹⁰²⁹ impõe-se permitir, por seu turno, ao delatado a possibilidade de apresentar novo rol de testemunhas, observado o rol máximo previsto em lei, reabrindo-se a instrução, tudo de forma a garantir a *par conditio*, a ampla defesa e o contraditório efetivo.

Se o acordo de colaboração premiada for firmado após a prolação da sentença – colaboração tardia -, não será mais possível a colaboração premiada assumir a função de meio de obtenção de prova contra o delatado naquele processo;¹⁰³⁰ funcionará apenas como meio de defesa do colaborador, com a obrigatoriedade de ser analisado os termos do acordo.

Encerrada a instrução e já proferida a sentença, estando finalizado o processo em primeiro grau de jurisdição não mais é possível requerer o Ministério Público a produção de novas provas contra o delatado em relação àquela acusação existente no processo, em face à impossibilidade de se reabrir a instrução, sob pena de violação à ampla defesa do delatado e à supressão de seu direito de análise do contexto fático por duas instâncias judiciais.

O direito ao duplo grau de jurisdição previsto expressamente no art. 8.2., h, da Convenção Americana de Direitos Humanos vincula-se: “[...] à possibilidade de revisão do juízo acerca da matéria fática e a jurídica a ela afeta e não somente da jurídica, sob pena de limitação desse direito “.¹⁰³¹ Assim, acaso se permitisse ao órgão acusador postular a produção de provas em sede de recursal, estar-se-ia violando a este preceito de direitos humanos, uma vez que na estrutura judiciária brasileira, os recursos para os Tribunais Superiores envolvem juízo apenas sobre questões de direito e não de fato.

Mesmo analisada sobre o poder instrutório judicial, o desfecho não será diverso. A faculdade trazida pelo art. 616 do Código de Processo Penal, que autoriza o Tribunal competente antes de julgar a apelação determinar diligências, inclusive, o novo interrogatório do réu, possui apenas um conteúdo complementar visando afastar alguma

¹⁰²⁹ Como assevera Gustavo Badaró a outra face do direito à prova é o direito da parte contrária produzir novas provas para contradizer aquelas trazidas aos autos, contrastando a prova alheia (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 397)

¹⁰³⁰ Poderá assumir em outros processos ainda sem sentença ou procedimentos investigatórios, dado que a colaboração possa se referir a fatos investigados em outros procedimentos.

¹⁰³¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 291.

dúvida fundada na prova colhida em instrução;¹⁰³² não autoriza, contudo, a reabertura da instrução, com a postulação de novas provas pelas partes, até porque deve estar sujeita ao princípio dos poderes instrutórios do juiz trazido no art. 156 do Código de Processo Penal.

E a introdução da colaboração premiada no segundo grau de jurisdição traz inovação fático-jurídica, não ostentando mera complementação de prova já angariada, além do que geraria nova instrução em segundo grau de jurisdição, com a indevida supressão de uma instância judiciária.

Desta maneira, a colaboração premiada quando celebrada após a prolação da sentença não poderá prejudicar o delatado, embora possa beneficiar o colaborador,¹⁰³³ o que pode ocorrer a qualquer tempo, como já mencionado neste trabalho.

6.4 ADMISSÃO

A admissão das provas no processo configura-se na autorização judicial prévia para o ingresso dos elementos probatórios postulados pelas partes. Na fase pré-processual, não há se falar em admissibilidade da prova, pois as diligências não são realizadas após um controle judicial prévio, mas sim pela autoridade policial e pelo Ministério Público, sem qualquer controle prévio de sua admissibilidade, ainda que com exceções.¹⁰³⁴

¹⁰³² Como assevera Guilherme Nucci: “Natureza das diligências: devem ser meramente supletivas, voltadas ao esclarecimento de dúvidas dos julgadores de segunda instância, não podendo extrapolar o âmbito das provas já produzidas, alargando o campo da matéria em debate, pois isso configuraria nítida supressão de instância e causa de nulidade. É inadmissível o procedimento do tribunal de produzir novas provas, das quais não tem - e não teve por ocasião da sentença - ciência o juiz de primeiro grau, julgando o recurso com base nelas. Assim fazendo, não estará havendo duplo grau de jurisdição, mas uma única - e inédita - decisão, da qual não poderão as partes recorrer.” (NUCCI, Guilherme. Código de Processo Penal comentado. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 992). Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconhece de forma reiterada que: “ (...) esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que o Tribunal, diante do conjunto probatório já produzido, tem a faculdade de determinar ou não a realização de novas diligências, sendo imprópria a implementação de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 276485-SP, Rel. Jorge Mussi. Julgado em 30 set. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38720100&num_registro=201302914457&data=20140930&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 1 out. 2016)

¹⁰³³ Vale observar que na colaboração tardia dificilmente haverá tempo suficiente antes do julgamento do recurso analisar a aptidão de eficácia da colaboração, porquanto tal aptidão envolverá diligências que serão realizadas em outros procedimentos e processos. De qualquer forma, esta aptidão poderá ser analisada em sede de execução de pena, como já discorreremos no trabalho.

¹⁰³⁴ As exceções referem-se às diligências que afetem direitos constitucionais dos investigados e que dependam de autorização judicial.

Os ordenamentos jurídicos em geral valem-se de dois critérios para a introdução das provas no processo: um critério lógico relativo à relevância da prova e outro jurídico, relativo à admissibilidade da prova.¹⁰³⁵

O critério da relevância da prova é lógico, e, assim, é preliminar ao critério jurídico, porque se a prova é inútil, ou seja, se não gerará qualquer resultado probatório relevante, fica desde já excluída, sem que se precise analisar o critério jurídico, evitando-se demoras desnecessárias à prestação jurisdicional.

Este critério subdivide-se em relevância em sentido estrito e pertinência, como se depreende do art. 400, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, que permite ao juiz indeferir as provas irrelevantes, impertinentes e protelatórias.

Segundo Paolo Tonini provas irrelevantes são aquelas que seu resultado probatório é inidôneo para dar uma contribuição probatória no esclarecimento do fato a ser provado, enquanto prova supérflua é aquela que serve de obtenção de um conhecimento já adquirido nos autos do processo.¹⁰³⁶ Já a prova pertinente é aquela que tenha vinculação ao objeto do processo.¹⁰³⁷

Assim, estes conceitos, embora interligados ao conceito geral de relevância, são distintos

Conquanto relacionados à mesma exigência geral, expressa pela regra tradicional *frustra probatur quod probatum non relevat*, e muitas vezes empregados indistintamente, esses critérios lógicos não se confundem: a pertinência (ou *materality*, na tradição anglo-americana) expressa uma relação direta entre o fato sobre o qual versa o meio ou a fonte de prova e o fato objeto da prova no processo (*thema probandum*), ao passo que a noção de relevância (*relevancy*) aplica-se à chamada prova indireta, revelando a aptidão do meio ou fonte de prova para demonstrar um fato secundário, do qual possa ser inferido o fato principal que se quer demonstrar.¹⁰³⁸

As provas protelatórias não estão relacionadas de fato ao critério lógico, mas sim apenas a um controle judicial da admissão de provas desnecessárias que levem a um retardamento indevido do tramitar do processo.

¹⁰³⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta S/A, 2011, p. 364.

¹⁰³⁶ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

¹⁰³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 173.

¹⁰³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 125.

A admissibilidade ainda está pautada pelo critério jurídico, que está vinculado a uma valoração prévia do legislador, visando evitar que elementos de fontes espúrias ou meios inidôneos ingressem no processo e sejam considerados pelo magistrado quando da avaliação da prova;¹⁰³⁹ funciona como uma sanção processual que impede provas viciadas de ingressar no processo e influenciar o juiz, operando *ex ante* nos casos em que a lei veda a prova, diversamente do que ocorre com o sistema de nulidades processuais, no qual a sanção é determinada *ex post factum*.¹⁰⁴⁰

O critério jurídico está voltado à licitude de um meio de prova, isto é a possibilidade jurídica da admissão de sua produção, sendo o parâmetro normativo central da questão o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que dispõe ser “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Estas provas ilícitas, portanto, não podem ingressarem no processo, e, caso produzidas, não podem ser valoradas pelo juiz, havendo aqui uma *exclusionary rule*.

O fundamento da disposição não ostenta caráter epistemológico, mas apenas político: o meio de prova poderia gerar um resultado útil para a reconstrução histórica dos fatos, mas deixará de ser produzido, ou ainda, valorado pelo juiz em razão da necessidade da proteção de direitos individuais, de forma a desincentivar arbitrariedades pelo Estado.

O art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal, após a reforma de 2008, passou a definir que são inadmissíveis as provas ilícitas, definindo-as como aquelas obtidas mediante violação a normas constitucionais ou legais, sancionando-as, ainda, com o desentranhamento do processo, a fim de que, além de não ser valoradas pelo juiz, não possam sequer influenciá-lo quando do julgamento.

Sobre o tema, vige no país o entendimento majoritário trazido por Ada Pelegrini Grinover pelo qual as provas contrárias à lei integram o gênero de provas ilegais, que é dividido em duas espécies: as provas ilegais e as provas ilegítimas, sendo estas produzidas com violação de normas processuais, enquanto aquelas são produzidas com violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais.¹⁰⁴¹

Assim, forte neste entendimento, é de se reconhecer que o art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal refere-se apenas às provas obtidas com violação a garantias

¹⁰³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 95.

¹⁰⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 397

¹⁰⁴¹ GRINOVER, Ada Pelegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 98-99.

constitucionais ou de direito material, e não às provas ilegítimas.¹⁰⁴² Note-se que as normas processuais quando veiculam e instrumentalizam garantias constitucionais, caso violadas, tornam a prova ilícita e não meramente ilegítima. Por outro lado, quando são produzidas com desrespeito a meras formalidades processuais sem repercussão no direito material ou na esfera de direitos constitucionais do imputado constituem em meras irregularidades e não justificam a mesma sanção processual trazida para as provas ilícitas.

Como assevera Scarance Fernandes, o sistema de ilicitude probatória sujeita-se à incidência do princípio da proporcionalidade, que excepciona a exclusão da prova decorrente de meio de prova ilícito quando ocorrer violação a outro valor constitucional fundamental que deva ser protegido, de forma que a desproporção entre a admissão do meio de o resultado danoso de sua rejeição impõe a prevalência da admissão da prova. São retratados casos como aqueles em que a violação do sigilo de correspondência permitiu a frustração do sequestro de um juiz de direito, ou, ainda, de que uma interceptação telefônica ilícita gerou prova da inocência de um imputado.¹⁰⁴³

Pela aplicação do princípio da proporcionalidade, a prova obtida de forma ilícita *pro reo* deve ser reconhecida válida em face à proteção ao princípio da presunção de inocência e pela dignidade da pessoa humana. Neste sentido, para Magalhães Gomes,

[...] no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴² Neste sentido, Marcos Zilli anota sobre a reforma processual de 2008 que: “ Não se vê aqui alteração do conceito já consagrado pela doutrina e pela jurisprudência e que, na verdade, deita suas raízes no ensinamento de Nuvolone, figurando Grinover como a sua principal adepta. A prova ilícita é, portanto, aquela obtida mediante desrespeito aos direitos fundamentais da personalidade – intimidade, privacidade, integridade física e liberdade. A ilicitude liga-se ao momento da obtenção o que nos remete a uma atividade extraprocessual. São os clássicos exemplos da confissão obtida mediante emprego de tortura e da apreensão de provas com a invasão de residência. Reforça-se, assim, a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas. Quanto às últimas o vício fica restrito ao momento da introdução da prova no processo. A sua obtenção foi lícita, porém, quando de sua incorporação ao processo, descuroou-se da observância dos mandamentos processuais. Dessa forma, enquanto a prova ilícita sequer pode ser admitida, a ilegítima é admissível, porém torna-se inválida.” (ZILLI, Marcos. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 2-3, jul. 2008).

¹⁰⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 94-95.

¹⁰⁴⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 106-107

Por outro lado, concordamos com Scarance Fernandes para quem o princípio da proporcionalidade pode ser invocado também em favor da acusação em face do princípio da isonomia, e, ainda, porque a aplicação dependerá caso-a-caso, sendo irrelevante se a favor ou contra o réu, importando apenas: “de se verificar, em cada situação concreta, se a restrição imposta a algum direito do acusado é necessária, adequada e justificável em face do valor que de protege.”,¹⁰⁴⁵ o que vai ao encontro do sistema alemão.¹⁰⁴⁶

O controle judicial preventivo acerca da admissibilidade da colaboração premiada ostenta peculiaridades relevantes em relação aos demais meios de prova.

Em regra, o controle prévio da produção dos meios de prova é realizado apenas em uma oportunidade, ou seja, logo após a postulação pela parte. Já no sistema de colaboração premiada, há duplo controle: um no procedimento incidental e outro no processo principal.

A colaboração premiada é caracterizada pela existência de um procedimento no qual há uma sequência de atos interligados entre si, englobando fases distintas nesta unidade procedimental, que geram ao menos dois controles de admissibilidade: a admissibilidade de cabimento e a admissibilidade da produção da prova.

Assim, o controle sobre o cabimento é o primeiro controle de admissibilidade da colaboração premiada e será realizado no procedimento incidental pelo juiz quando da

¹⁰⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 94-95. Contra: “ Não há incongruência entre a rejeição do critério da proporcionalidade para a prova ilícita pro societate e essas últimas afirmações, uma vez que a estatura dos valores confrontados com o direito à prova – o interesse na punição dos delitos ou a tutela da inocência – é diversa; outrossim, pelos na experiência brasileira, raros e excepcionais são os casos em que a defesa se serve de meios ilícitos para a obtenção da provas, ao passo que essa mesma prática é sabidamente rotineira na atividade policial”(GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 107)

¹⁰⁴⁶ Neste sentido, Mendroni assevera, após tecer comentários sobre o sistema da *exclusionary rule* americano, que: “a chamada *Beweisverbote* tem origem e desenvolvimento diverso, havendo sido projetada a partir de estudo e desenvolvimento lógico e eminentemente teórico, alicerçado nos direitos individuais – materiais constitucionais dos cidadãos, sobretudo com o intuito de protegê-los (*Rechtstaatlichkeit*), e visando uma construção sistemática do direito das proibições de prova. Tem estrutura baseada fundamentalmente na proteção da dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da inviolabilidade do segredo de correspondência, das telecomunicações e do domicílio. São, por assim dizer, meios processuais de imposição da tutela do direito material, buscando a prevenção da danosidade social garantida pela preservação dos bens jurídicos individuais constitucionais. Diferentemente das *exclusionary rules*, não busca a prevenção pela repressão; mas sim a análise do caso concreto em termos comparativos com as situação de direito e garantia individual que se procurou proteger, em evidente análise de valoração. É o que na verdade os alemães chamam de Princípio da Proporcionalidade Constitucional, ou *Verhältnismaßigkeitsgrundsatz*. Significa dizer que em análise comparativa de âmbito constitucional – violação/proteção de direito, há que se aferir qual tem maior peso para então se viabilizar a conclusão a respeito da proibição ou não da apresentação e apreciação da prova em Juízo.”(MENDRONI, Marcelo Batlouni. A “Exclusionary rule” do sistema norte-americano. *Ambito Juridico*. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=776>. Acesso em 2 out. 2016).

homologação judicial do acordo, no qual analisará o preenchimento de diversos critérios jurídicos, conforme acima discutido neste trabalho.

Neste momento de homologação exsurge com maior relevância e intensidade o controle do critério jurídico do meio de obtenção de prova, e não o critério lógico, dado que vige a discricionariedade regrada do órgão acusador na celebração do acordo de colaboração, discricionariedade esta que acaba por absorver, ao menos nesta primeira fase do procedimento de colaboração premiada, a importância do critério lógico; é dizer, que o controle jurídico da colaboração premiada nesta primeira fase deve ser exercido na forma de controle de legalidade, conforme visto no item deste trabalho, analisando-se, com especial atenção a questão relativa à voluntariedade do colaborador.

Após a homologação do acordo, o Ministério Público deverá fazer ingressar a prova decorrente da colaboração no processo principal, seja por meio de juntada de documentos apresentados pelo colaborador, seja por meio da oitiva de testemunhas, incluindo a oitiva do colaborador.

Nesta oportunidade, agora caberá ao magistrado a análise do controle de admissibilidade da proposição da prova, tal como ocorre com os demais meios de prova, havendo o controle dos critérios jurídico e lógico, devendo de forma especial, indeferir pedidos de oitiva de colaboradores que ainda não foram homologados.

No tocante aos critérios lógicos, temos que a relevância do depoimento do colaborador é presumida por lei, que fixou e determinou algumas hipóteses em que se tem como relevantes os resultados esperados da colaboração premiada: as hipóteses dos incisos I a V, do *caput*, do art. 4º, da Lei 12.850/13. Ou seja, já tendo sido verificado no controle de cabimento da homologação que a oitiva do colaborador está vinculada a uma destas hipóteses, não caberá ao juiz analisar a relevância destas, pois estas são presumidas de forma absoluta pela lei.

Em relação aos processos conexos, embora a relevância dos fatos objetos da colaboração premiada seja presumida, caberá ao juiz, no tocante ao critério lógico, analisar de forma especial a pertinência da colaboração ao processo em julgamento, visando resguardar, ainda, a própria intimidade e integridade do colaborador. Assim, caso os fatos apresentados pelo Ministério Público não ostentem ligação direta com o objeto do processo, o magistrado está autorizado a indeferir o requerimento ministerial.

É de se consignar, outrossim, que cabe às partes de uma forma geral apenas indicar a provável relevância e pertinência das diligências probatórias solicitadas, uma vez que o direito à prova implica em uma limitação ao poder discricionário do juiz.¹⁰⁴⁷

Impõe-se analisar agora em tópico próprio a questão relativa às provas derivadas de uma colaboração premiada ilícita.

6.4.1 Prova derivada de prova ilícita na colaboração premiada

A prova ilícita por derivação é a prova que é lícitamente produzida, mas decorrente de informação trazida por uma prova anterior produzida de forma contrária à lei. Esta espécie de prova suscita a questão acerca de sua admissibilidade, uma vez que foi produzida lícitamente, embora tenha conexão com uma prova obtida ilicitamente; de outro modo: a prova lícita nova deve ser contaminada com a prova anterior ilícita?

Para responder esta questão a jurisprudência da Suprema Corte Americana criou a *fruit of de poisonous tree doctrine* a partir do julgamento do caso *Silverthone Lumber Co. v. U.S.*, em 1920, na qual se reconheceu a necessidade da exclusão de toda prova derivada de uma investigação ilícita¹⁰⁴⁸, o que encontra respaldo na doutrina pátria.¹⁰⁴⁹ Dada à influência desta doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação da teoria da jurisprudência norte-americana ao processo penal brasileiro.¹⁰⁵⁰

No entanto, esta teoria por ser muito limitativa, não se mostra adequada, em especial na persecução penal de organizações criminosas, pois estas poderiam, dado ao seu poderio econômico e social, produzir por meio de policiais corruptos uma prova ilícita em

¹⁰⁴⁷ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

¹⁰⁴⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 108.

¹⁰⁴⁹ De forma fundamentada, Gomes Filho assevera que: “de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz; nessa matéria importa ressaltar o caráter profilático, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à proória administração correta e leal da justiça penal.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 110)

¹⁰⁵⁰ “No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o calor probante sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 – RTJ 163/709), ainda que se cuide, como sucede na espécie, de hipóteses configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/208)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93.050/rj. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>>. Acesso em 3 out. 2016)

uma investigação contra a organização, de forma a torná-la toda ilícita em face à contaminação dos demais elementos de prova colhidos na investigação.¹⁰⁵¹

Em razão da necessidade de limitação, a própria doutrina da *fruit of the poisonous tree* admite exceções à contaminação das provas derivadas: a) *attenuation of the taint*, que afasta a contaminação em razão do período de tempo entre a ilegalidade e a aquisição da prova secundária, a ocorrência de eventos intermitentes e a flagrância da ilegalidade inicial; b) *independent source*, que se refere à autonomia da prova secundária em face à prova originalmente ilícita; c) *inevitable discovery*, que se refere à concreta possibilidade de que no curso natural das investigações, a prova seria inevitavelmente apurada, ainda que se excluísse a prova ilícita originária.¹⁰⁵²

Com a reforma legislativa de 2008, foi introduzido o art. 157, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, que trouxe força de lei à teoria estadunidense, passando a dispor que são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo: a) quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, b) ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Os termos da lei, porém, merecem crítica.

A primeira exceção à ilicitude por derivação prevista no dispositivo legal não ostenta nenhum sentido jurídico, pois se não há nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova posterior, não se está diante de uma ilicitude por derivação.

A segunda exceção refere-se às fontes independentes. O art. 157, parágrafo 2º, do Código definiu a fonte independente como “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”.

A definição em questão é criticada pela doutrina, pois ao ser tão vaga e ampla, torna por demais subjetiva a definição no caso concreto da derivação, que pode anular a própria regra de invalidação destas provas assim obtidas.¹⁰⁵³ Além disso, busca conceituar a *independent source* com a hipótese da *inevitable discovery*, hipóteses que não se confundem.

¹⁰⁵¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ed ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 95.

¹⁰⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 409.

¹⁰⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 410. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212-213

Na *inevitable discovery* “a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo que suprimida a fonte ilícita”, enquanto na *independent source* a prova tem concretamente duas origens: uma lícita e outra ilícita.¹⁰⁵⁴

De qualquer forma, é se de reconhecer que o legislador acolheu a doutrina dos frutos da árvore envenenada, admitindo, ainda, restrição à contaminação da ilicitude de uma prova ilícita em relação àquela derivada desta.

Para a colaboração premiada, o tema da ilicitude da prova derivada é de suma importância, uma vez que um dos fins do instituto é justamente a obtenção de provas visando o processo penal.

A licitude do procedimento incidental da celebração do acordo de colaboração premiada é pressuposto legitimador da prova obtida decorrente desta celebração, uma vez que:

[...] o direito ao procedimento processual consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas de direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade.¹⁰⁵⁵

Desta forma, violada qualquer disposição legal relativa às garantias constitucionais do colaborador e também do próprio delatado, estar-se-á diante de uma ilicitude que gerará, pela teoria dos frutos da árvore envenenada, a ilicitude também do resultado probatório trazido pela colaboração.

A hipótese mais corrente será a relativa à forma de obtenção da manifestação de vontade do colaborador, englobada aqui desde a tortura até a equivocada compreensão sobre os termos do acordo, uma vez que atingem na espécie o exercício da garantia constitucional da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana.

Outras formas de nulidade também poderão estar configuradas: a homologação por juiz absolutamente incompetente (violação ao juiz natural), ou a falta de defensor do colaborador (violação à ampla defesa). Estas hipóteses gerarão a inadmissibilidade das provas derivadas desta colaboração, tais como as apreensões de documentos em locais

¹⁰⁵⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010, p. 405-406.

¹⁰⁵⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 40.

indicados pelo colaborador, ou ainda, as interceptações telefônicas iniciadas em razão de números de telefones de integrantes da organização criminosa indicados pelo colaborador.

Por tudo isso, embora o delatado não possa impugnar diretamente a validade do acordo de colaboração premiada, poderá impugná-lo por via indireta no processo o qual está sendo formalmente acusado, ou seja, não poderá requerer a anulação do acordo, mas poderá requerer a nulidade da prova decorrente deste acordo; aliás, até por isso a lei permite a ele o acesso ao acordo de colaboração premiada após o recebimento da denúncia.

É certo que infringências a requisitos formais do acordo de colaboração premiada também poderiam gerar, com a adoção de posição doutrinária mais rígida, a ilicitude também dos elementos probatórios obtidos por derivação desta colaboração.

No entanto, ante a ponderação de valores decorrente da incidência do princípio da proporcionalidade, e, ainda, o reconhecimento de que o acordo de colaboração premiada tem como característica ser também uma das formas de exercício da ampla defesa do colaborador, temos que se a nulidade referir-se a elementos não essenciais, isto é em cláusulas que sejam acessórias, como por exemplo alguma ilegalidade de uma das cláusulas do acordo de colaboração premiada (v.g. a cláusula que impõe o pagamento de indenização acima do devido) sem reflexo no núcleo essencial da vontade do colaborador, não haverá a configuração da ilicitude material do acordo, e, por conseguinte, tal ilicitude não repercutirá na validade do procedimento da colaboração premiada como legitimadora prévia das provas dela decorrentes.

As exceções relativas à *independent source* e a *inevitable discovery* são também aplicáveis a estas provas derivadas. Caso a indicação do número da linha telefônica indicada pelo colaborador tenha sido descoberta também em uma outra diligência de busca e apreensão de documentos, por exemplo, a interceptação telefônica baseada nestas fontes mantém hígida em seu potencial probatório por força da exceção da *independent source*.

Nas investigações de organizações criminosas não é rara a existência de mais de uma colaboração premiada no mesmo procedimento investigatório, buscando o Estado a complementação recíproca entre estas, de forma a gerar uma sinergia de elementos para dar maior eficiência à persecução penal. Neste caso, existindo mais de uma colaboração premiada, o vício de uma delas não atinge os elementos de prova produzidos em razão da outra, sendo uma das colaborações fonte independente de prova no tocante à outra.

Embora não previsto pelo legislador, é se de anotar que a inadmissibilidade das provas derivadas está ligada, ainda, à teoria do encontro fortuito.

Em uma investigação podem ser descobertos fatos criminosos que não eram objeto da investigação inicial, configurando o encontro fortuito de provas.

O tema ostenta especial relevância quando a diligência que gerou a descoberta fortuita necessitava de autorização judicial, tal como ocorre com as interceptações telefônicas, na medida em que, quando há necessidade de autorização judicial, a ordem judicial deve discriminar o objeto da diligência, o que poderia gerar a ilicitude da prova que desbordasse dos limites da ordem judicial.

A doutrina, fundada nas experiências jurisprudenciais alemã e espanhola, pugna pela validade da prova obtida de forma fortuita, desde que exista conexão do fato investigado inicialmente e aquele descoberto de forma não deliberada ou tenha relação de continência entre ambos; caso contrário, a prova seria nula, não obstante possa funcionar como mera *notitia criminis*, pois a diligência probatória inicial era lícita, não sendo caso de ilicitude por derivação.¹⁰⁵⁶

A persecução penal do crime organizado, como já dito, envolve investigações complexas, dada à multiplicidade de crimes ínsita à própria natureza da organização criminosa. Em função disso, é natural que durante as investigações decorram da própria colaboração premiada, já após a celebração do acordo, informações sobre crimes conexos ou crimes sem qualquer relação com o crime inicialmente investigado, impondo-se a análise da licitude ou não desta descoberta.

Caso inexista a imposição constitucional da reserva jurisdicional para a diligência probatória decorrente da colaboração, como por exemplo, se o colaborador trazer informações em seu depoimento ao órgão acusador relativa a um crime não englobado pelo acordo de colaboração premiada, não haverá qualquer ilicitude na utilização desta prova, porquanto para o depoimento do colaborador não é necessária nenhuma autorização específica para o ato.

Estando submetida a diligência à reserva jurisdicional específica, como o caso de interceptação telefônica ou mandado de busca domiciliar, nos quais há necessidade de delimitação do objeto da diligência pelo magistrado como forma de garantia dos direitos individuais, deve, em regra, haver ao menos uma relação de conexão ou continência com os fatos objetos da diligência, sob pena de ilicitude da prova na parte específica do crime diverso.

¹⁰⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 51, p. 06, fev. 1997.

Caso não exista qualquer relação entre esta nova informação com o crime investigado, tal informação, embora não possa ser usada como prova, pois a autorização judicial não pode ser extensiva à nova persecução do crime descoberto, poderá servir como *notitia criminis*,¹⁰⁵⁷ porque decorrente de uma prova anterior lícita, podendo justificar a abertura de outro procedimento investigativo, sem contaminar outras provas.

Bem por isso o Supremo Tribunal Federal reconheceu em recente julgado que:

Sendo a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, é possível que o agente colaborador traga informações (declarações, documentos, indicação de fontes de prova) a respeito de crimes que não tenham relação alguma com aqueles que, primariamente, sejam objeto da investigação. Esses elementos informativos (art. 155, CPP) sobre crimes outros, sem conexão com a investigação primária, a meu sentir, devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica.¹⁰⁵⁸

Assente-se, por fim, que a localização fortuita de evidências probatórias pode ensejar, de per si, a prisão em flagrante delito, gerando, por consequência, a licitude da prova obtida, uma vez que autoridade policial tem autorização legal para a prisão e a apreensão de tais provas,¹⁰⁵⁹ mesmo que não exista ordem judicial para tanto.

6.5 PRODUÇÃO

Posteriormente à admissão, o procedimento probatório segue com a efetiva produção da prova no processo, o que é realizado, em regra, na presença do juiz e das partes e sob o crivo legitimador do contraditório; é dizer, a prova deve ser produzida na fase processual, uma vez que ali incidem com a maior eficácia possível todas as garantias constitucionais.

Há exceções a esta regra geral, como são as perícias, que devem ser produzidas ainda na fase pré-processual, sob pena de desaparecimento dos vestígios. Outras provas são produzidas extraprocessualmente e de forma anterior ao próprio processo, como os documentos, sendo anexadas aos autos.

¹⁰⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 175.

¹⁰⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4130/QO/PR. Rel. Min. Dias Tofolli. Julgado em 23 set. 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10190406> >. Acesso em 8 out. 2016.

¹⁰⁵⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 175

Pode-se, portanto, classificar a produção de prova conforme o momento em que é elaborada.

De fato, à luz dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, as provas podem ser classificadas em provas pré-constituídas e provas constituídas, sendo estas as formadas no processo com contraditório, como é o caso clássico da prova testemunhal, e aquelas as que são constituídas de forma extraprocessual, sendo exemplificadas pela prova documental, que é apenas anexada ao processo e não produzida em seu bojo.¹⁰⁶⁰

Em relação às provas constituídas, o contraditório incide na produção da prova, e, em relação às pré-constituídas, o contraditório incide apenas após sua juntada aos autos e de forma diferida à sua produção. De qualquer forma, o contraditório deve incidir sob ambas as modalidades de provas até a sua valoração judicial, sendo este o requisito legitimador para uma sentença justa,¹⁰⁶¹ consignando-se que o contraditório engloba dois elementos essenciais: a informação e a possibilidade de reação, isto é, a possibilidade de contrariar os elementos objetos da ciência.¹⁰⁶²

Desta distinção relevante trazida por Taruffo, pode-se afirmar que os “elementos de informação” previstos no art. 155 do Código de Processo Penal são aqueles elementos constituídos produzidos sem o contraditório das partes em decorrência dos princípios próprios do inquérito policial. Assim, na fase pré-processual podem ser produzidos tanto elementos de informação, como por exemplo depoimentos de testemunhas sem a participação de defensor, quanto provas, tais como a juntada de documentos.¹⁰⁶³

Neste ponto, impõe-se refletir sobre a natureza do elemento de prova obtido a partir de depoimento do colaborador prestado na fase pré-processual decorrente de acordo de colaboração premiada no qual há a confissão.

Como acima expandido, é comum classificar-se os depoimentos prestados na fase do inquérito policial como meros elementos de informação, justamente em razão da

¹⁰⁶⁰ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6 ed. Torino: UTET Giuridica, 2015, p. 357.

¹⁰⁶¹ Taruffo observa que a circunstância da prova ter sido produzida fora dos autos não é suficiente para excluir a possibilidade de sua utilização com efeitos probatórios, quando há a possibilidade de se manifestar em contraditório previamente à valoração dos elementos probatórios, devendo-se entender o contraditório como “(...) garantia procedimental previa a la decisión, es decir, como posibilidad para las partes intervenir y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos de la controversia que resultan de alguna forma relevantes para la decisión.” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta S/A, 2011, p. 383-384 e 431)

¹⁰⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 137.

¹⁰⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 389.

ausência de contraditório na produção deste depoimento,¹⁰⁶⁴ o que ocorria com as declarações do colaborador (ou delator) prestado nesta fase antes da vigência da Lei 12.850/13.

Todavia, com o advento da lei em estudo, ocorreu alguma modificação neste panorama jurídico.

A lei agora determina para a produção deste depoimento do colaborador uma série de requisitos que garantem o valor epistemológico dos elementos colhidos e sua legitimidade política: a necessidade de um procedimento incidental próprio para a formação do acordo de colaboração premiada, que culmina com a autorização judicial para o ato, após o qual deverá ser produzida a oitiva do colaborador, com a presença do seu defensor, depoimento este que preferencialmente deverá ser registrado em mídia.¹⁰⁶⁵

A incidência necessária do contraditório na produção do depoimento do colaborador é decorrência da impositiva presença do defensor em todos os atos da colaboração premiada, inclusive nos depoimentos que prestar (art. 4º, parágrafo 15, da Lei 12.850/13) perante o delegado de polícia ou o Ministério Público (art. 4º, parágrafo 9º). Isto porque, tendo a lei determinado a presença obrigatória do defensor do colaborador, conferiu ao defensor como natural e jurídica decorrência do princípio constitucional da

¹⁰⁶⁴ A doutrina de forma geral vincula o contraditório com a judicialidade. Neste sentido, anota Zanoide de Moraes que não: “[...] se poderá admitir o contraditório como reação nos moldes dialéticos, como o conhecemos na fase judicial. Isso porque na fase preliminar não há partes, não há desenvolvimento dialético dos atos persecutórios e, principalmente, não há presença do juiz natural com autoridade responsável pela produção dos atos.”(MOARES, Mauricio Zanoide. Perplexidade de Jano: quando o passado é mais presente do que o futuro (nova regulamentação do interrogatório e sua aplicabilidade na fase pré-processual. In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 380.). Ferrua assenta, ainda, que na sua acepção típica o contraditório necessita para sua configuração de uma estrutura tríade fundada na discussão dialética entre as partes na presença de um juiz imparcial, não sendo contraditório em seu sentido próprio a participação da defesa em um ato da investigação do Ministério Público (FERRUA, Paolo. *Il “giusto processo”*. 3 ed. Bologna: Zanichelli editore, 2012, p. 100). No entanto, se é certo que na fase judicial o contraditório é mais efetivo, havendo um liame entre os conceitos, não menos certo é que há diferença conceitual entre ambos, até porque a própria Constituição Federal garante o contraditório na fase pré-processual (art. 5º, LV), o que corrobora o entendimento de que na fase administrativa da persecução penal pode haver validamente o contraditório, independente da judicialidade, até porque a doutrina postula a extensão das garantias do contraditório para o inquérito policial, no qual se colhe elementos que podem repercutir na liberdade do cidadão (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 145).

¹⁰⁶⁵ Vale afirmar que a gravação é facultativa, embora garanta maior fidelidade do registro: “Nos termos do art. 4o, § 13, da Lei 12.850/2013, não há indispensabilidade legal de que os depoimentos referentes a colaborações premiadas sejam registrados em meio magnético ou similar, mas somente uma recomendação para assegurar maior fidelidade das informações. Inexiste, portanto, nulidade ou prejuízo à defesa pela juntada apenas de termos escritos, sobretudo quando não foi realizada a gravação dos depoimentos.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4146. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 22 jun. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11786520>>. Acesso em 11 out. 2016).

ampla defesa, a faculdade de realizar perguntas ao colaborador em todas suas oitivas quando submeter-se à oitiva na qualidade de imputado,¹⁰⁶⁶ inclusive aquelas realizadas na fase pré-processual, até porque não haveria qualquer sentido em impor a presença do advogado sem dar a ele os meios necessários à sua atuação na defesa de seu assistido, violando o direito do colaborador a uma defesa efetiva.

A presença do Ministério Público no ato da oitiva pré-processual do colaborador é exigida pela sua própria condição de *dominus collaboratio*, mesmo quando esta ocorrer sob a presidência da autoridade policial.

Além disso, embora não tenha sido produzida na presença do juiz, esta oitiva do colaborador na fase pré-processual foi autorizada judicialmente, ou seja, houve um pronunciamento judicial prévio que legitimou a produção da sua oitiva, o que é suficiente para suprir neste aspecto a judicialidade exigida na formação da prova constituenda.

Em assim sendo, graças à incidência do contraditório na sua produção, a oitiva do colaborador na fase pré-processual, após a homologação do acordo, ostenta maior poder de persuasão do magistrado do que a mera oitiva extrajudicial realizada sem o procedimento garantista exigido pela Lei 12.8501/13, embora esteja limitada, tal qual aquela produzida em juízo, pela regra de corroboração que será adiante analisada.

Dito isto, a produção de prova suscita a questão relativa à violação do procedimento probatório previsto em lei e as consequências de sua violação.

Como já assentado, a lei pode prever ou não procedimentos legais para a obtenção de provas e, assim, em princípio o procedimento típico de produção de prova não é essencial à validade da prova. Contudo, questão tormentosa surge quanto aos procedimentos probatórios típicos.

Em princípio, a inobservância do procedimento legal de formação da prova gera sua nulidade, desde que ocorra a omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato processual, a teor do art. 564, IV, do Código de Processo Penal.¹⁰⁶⁷

Todavia, ante a avaliação ponderada dos princípios trazidos no ordenamento jurídico, em especial, a liberdade das provas, é de se concordar com Taruffo para quem,

a existência de procedimentos legais de formação da prova exclui que a prova se forme com modalidades distintas neste contexto, mas não exclui

¹⁰⁶⁶ Diversa será a situação quando estiver apenas na qualidade de testemunha assistida, como será adiante desenvolvido no trabalho.

¹⁰⁶⁷ A doutrina interpreta “elemento essencial” como sendo requisito legal, uma vez que se o ato não ostenta elemento essencial ele será inexistente juridicamente e não nulo (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 802)

em absoluto que sigam modalidades diversas em outros contextos e que, apesar disso, sejam obtidos elementos utilizáveis em juízo.¹⁰⁶⁸

Faz o jurista menção ao depoimento que pode ser realizado extraprocessualmente e que não perde sua valia probatória, embora não possa ser considerado uma prova testemunhal em sentido estrito, não havendo se falar nesta circunstância em ilicitude ou em sua nulidade.

Em reforço a este entendimento há os princípios da instrumentalidade das formas e da *pars de nulitté sans grief* adotados no processo penal brasileiro, pelos quais não será reconhecida a nulidade, ou será considerada sanada se o ato processual, praticado por outra forma, tiver atingido seu fim.¹⁰⁶⁹

Desta maneira, a inobservância do procedimento previsto em lei para a produção da prova pode gerar desde mera irregularidade formal, quando poderá ser avaliado pelo juiz, ou até mesmo sua nulidade, vedando-se a valoração judicial, que ocorrerá apenas quando sua violação atingir elemento essencial de toda a atividade probatória, tal como preconizado no art. 564, IV, do Código de Processo Penal.

Volvendo-se à colaboração premiada, o procedimento probatório descrito na lei envolve um complexo de atos concatenados entre si, como já salientado neste trabalho. Em face à unidade e finalidade comum, tais atos (o acordo de colaboração premiada, sua homologação e sua posterior execução com a produção efetiva do depoimento do colaborador) integram o mesmo todo e dele são indissociáveis.

Assim, o acordo de colaboração premiada é pressuposto para a atividade probatória propriamente dita decorrente da colaboração, o que afasta a possibilidade de que o juiz possa determinar de ofício a produção da colaboração premiada, prestigiando-se o princípio acusatório do processo penal moderno. Decorre, ainda, desta constatação que a ausência deste procedimento incidental, porque essencial à prova colaborativa, torna nula a oitiva do colaborador que tenha renunciado expressamente ao direito ao silêncio, inclusive, para efeitos de adjudicação do prêmio legal.

O fato do juiz de ofício ostentar a faculdade legal de determinar a oitiva do colaborador (art. 4º, parágrafo 12, da Lei 12.850/13) não altera esta conclusão, pois esta prova dependerá do prévio acordo das partes homologado anteriormente.

¹⁰⁶⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta S/A, 2011, p. 381.

¹⁰⁶⁹ Art. 572, II, do Código de Processo Penal.

A lei em estudo, embora tenha apresentado uma regulação sobre o procedimento probatório, estabelecendo suas fases, foi omissa em relação à produção das provas propriamente ditas, tendo maior preocupação o legislador com a fase de negociação e confirmação do acordo de colaboração do que com esta produção propriamente dita (fase de execução).

A lei previu apenas que o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou de ofício (art. 4º, parágrafo 12), incentivou o registro em mídia audiovisual dos atos da colaboração (art. 4º, parágrafo 13), fazendo menção à renúncia do direito do colaborador ao silêncio nos depoimentos que prestar e a consequente obrigação de falar a verdade (art. 4º, parágrafo 14) e a exigência da presença do defensor nas oitivas do colaborador (art. 4º, parágrafo 15).

Em face da omissão normativa, cabe ao intérprete analisar a forma de produção do depoimento do colaborador. A lei trata a oitiva do colaborador como depoimento, o que sugere em um primeiro momento que se deva seguir o procedimento da oitiva de qualquer testemunha previsto nos arts. 212 e seguintes do Código de Processo Penal, mas ao mesmo tempo a lei exige que exista a renúncia ao direito ao silêncio, direito este próprio do procedimento do interrogatório.

Assim, entendemos que o procedimento probatório deverá variar conforme duas possibilidades: a) não ter sido o colaborador denunciado no processo; b) ser o colaborador denunciado no processo.

Nesta segunda hipótese, que será a regra, embora o colaborador esteja sujeito ao regime jurídico próprio da colaboração, não perde sua qualidade de imputado, podendo valer-se, por consequência, do direito ao silêncio a qualquer tempo, conquanto isso possa acarretar sanções, como a perda da qualidade de colaborador da justiça. Ora, tendo em vista que o interrogatório é a forma processual adequada para a oitiva dos imputados no processo penal, a seu depoimento são aplicáveis o procedimento do interrogatório previsto no art. 187 e seguintes do Código de Processo Penal, inclusive quanto ao direito de se entrevistar com seu defensor antes do ato, e em especial as duas partes do ato processual: o interrogatório da qualificação e o interrogatório de mérito, embora tenha o ato que ser integrado por elementos que não lhe são próprios, dado ao regime jurídico da colaboração.

O juiz deverá iniciar a oitiva cientificando o colaborador sobre o inteiro teor da acusação, advertindo-o sobre seu direito ao silêncio,¹⁰⁷⁰ indagando-o sobre se renuncia a

¹⁰⁷⁰ Constitui a *Miranda warning* decorrente do julgamento do processo *Miranda v. Arizona* pela Suprema Corte Americana (ARAS, Vladimir. A mentira e o art. 59 do CP. In: CALABRICH; FISCHER, Douglas;

este direito ou não. Caso não renuncie ao direito ao silêncio, o colaborador perde esta qualificação jurídica, passando a ser considerado um simples imputado, seguindo-se no interrogatório na forma do arts. 187 e seguintes do Código de Processo Penal.

Renunciado pelo colaborador o direito ao silêncio, e mantendo sua qualificação de colaborador da justiça, deve o juiz iniciar o interrogatório de qualificação.¹⁰⁷¹ Após, ele deverá ser então ser compromissado pelo juiz, sob palavra de honra, a dizer a verdade,¹⁰⁷² sendo advertido da pena de sua responsabilidade penal por suas declarações falsas,¹⁰⁷³ passando-se ao interrogatório de mérito, sendo-lhe perguntado sobre a veracidade da acusação, o local onde estava ao tempo do crime, sobre as provas já apuradas, se conhece as demais testemunhas e se tem algo contra elas, se conhece o instrumento e demais objetos relacionados ao crime, sobre todos os fatos que conduzam à elucidação do crime e, por fim, se quer acrescentar algo em sua defesa.¹⁰⁷⁴ Em seguida, deverá ser facultado às partes, órgão acusador e defensores do imputado e dos demais corréus¹⁰⁷⁵, reperguntas ao colaborador, na forma do art. 188 do Código de Processo Penal.

Pellella. Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Editora Juspodium, 2010, p. 238) e previsto no art. 186 do Código de Processo Penal: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.”

¹⁰⁷¹ Art. 187, § 1º, do Código de Processo Penal: “Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. “

¹⁰⁷² Art. 203 do Código de Processo Penal: “A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.”

¹⁰⁷³ Art. 4º, § 14, da Lei 12.850/13: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”. Sobre a responsabilidade penal do colaborador em sua oitiva, o assunto foi discutido no item 4.2.1 supra.

¹⁰⁷⁴ Art. 187, § 2º, do Código de Processo Penal: “Na segunda parte será perguntado sobre: I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita; II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; IV - as provas já apuradas; V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.”

¹⁰⁷⁵ A prática de permitir aos advogados do réu-delaçado a intervenção do interrogatório do delator já era consagrada antes da superveniência da lei pela jurisprudência e doutrina. A título de exemplo, consigne-se acórdão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça: “A colenda Sexta Turma entende possível, em casos de delação, a intervenção do Advogado em interrogatório de réu diverso daquele que defende (Precedentes do STJ/STF). Em prestígio à multifacetada cláusula do *due process of law*, é de se estender tal compreensão para casos de ausência de delação. A contribuição de todas as partes do processo para a escurreita busca da verdade consagra o teor do art. 188 do Código Processo Penal

Vale observar que as reperguntas das partes, em especial, dos defensores dos coimputados-delatados ostentam liberdade de conteúdo, embora restrita à pertinência e relevância do caso, não se restringindo apenas a complementar as perguntas realizadas pelo magistrado, como ocorre com as demais reperguntas previstas em sede de interrogatório, dado que incide em sua plenitude o contraditório constitucional na formação desta prova oral.

Caso se trate de processo em que o colaborador não seja imputado expressamente nos mesmos autos, seja em decorrência dos prêmios legais, seja em razão de ser imputado em crime conexo, o colaborador passa a exercer função formal nestes autos equivalente à testemunha.¹⁰⁷⁶

Desta maneira, não ostentando a qualidade expressa de imputado nos autos, deve ser seguido não o rito do interrogatório, mas o rito do depoimento de testemunha, com a introdução de duas exigências legais:¹⁰⁷⁷ a observância acerca do direito de silêncio (caso seja denunciado por crime conexo)¹⁰⁷⁸ e a presença do advogado do colaborador. O juiz deve inicialmente informar o colaborador sobre o direito ao silêncio e caso este renuncie ao direito, deve ser compromissado e prestar o depoimento previsto nos arts. 210 e seguintes do Código de Processo Penal, cabendo inicialmente às partes, iniciando-se pela parte que arrolou o colaborador, formularem diretamente ao colaborador suas perguntas, a teor do art. 212 do Código de Processo Penal, podendo ao final do depoimento o juiz complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos.

A necessidade da presença do defensor do colaborador no ato processual, quando ouvido sem estar sendo imputado criminalmente no processo, visa resguardar os interesses do colaborador em manter o regime jurídico da colaboração premiada e os termos do acordo de colaboração, bem como garantir-lhe a possibilidade de assistência do seu defensor antes de responder a cada uma das perguntas das partes, para que não se

(Precedentes do STF).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 112993/ES. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 16 mar.2010.Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801745199&dt_publicacao=10/05/2010>. Acesso em 12 out. 2016)

¹⁰⁷⁶ Vale a observação de que caso o colaborador seja imputado exclusivamente em crime conexo ele será, no aspecto concernente ao direito ao silêncio, considerado um imputado, como já visto neste trabalho no item 4.2.1, mas formalmente será ouvido como testemunha nos autos conexos, sendo descabido ser ouvido em interrogatório.

¹⁰⁷⁷ Art. 4, § 14, da Lei 12.850/13.

¹⁰⁷⁸ A cautela legal da renúncia do direito ao silêncio somente é justificada para o caso em que o colaborador seja denunciado em crime conexo em outro processo. Para os casos em que não exista contra ele qualquer imputação conexa ao crime no qual está prestando depoimento, ele assume a posição de testemunha, não lhe sendo lícito calar a verdade ou usar o direito ao silêncio.

incrimine em outros fatos diversos daqueles que já constam no acordo de colaboração premiada.

Entendemos que aqui o art. 4o, parágrafo 15, da Lei 12.850/13 acabou por trazer ao país a figura do direito processual italiano da *testemunha assistida*, que é um terceiro gênero da figura de testemunha comum, superando, em relação à colaboração premiada, a incompatibilidade do coimputado em testemunhar, como assentava a jurisprudência que impedia a oitiva do corréu de outro processo conexo como testemunha.¹⁰⁷⁹

Na Itália, o art. 197-bis do Código de Processo Penal italiano¹⁰⁸⁰ estipula a possibilidade de que o coimputado ouvido em um processo conexo ou por crime coligado

¹⁰⁷⁹ O seguinte julgado bem representa o entendimento acerca da matéria “Tradicionalmente, a doutrina tem entendido pela impossibilidade de oitiva do corréu como testemunha, ante a incompatibilidade entre posição de réu - a quem se confere o direito constitucional ao silêncio e o direito de não dizer a verdade, podendo até mesmo mentir-, e a de testemunha - compromissada a dizer a verdade, sob pena de responder pelo delito de falso testemunho. (.....) Em julgado relativamente recente exarado pela Corte Especial deste Tribunal, a vedação de oitiva de corréu na qualidade de testemunha foi estendida à figura do informante ou declarante, ampliando a garantia concedida ao corréu de não depor sobre causa que tenha interesse direto, além de manter a equidistância entre os personagens processuais - réu, testemunha e informante. [...] Nesse diapasão, tenho que o pleito autoral carece de guarida, mostrando-se inviável a oitiva do corréu em Juízo, seja na qualidade de testemunha ou mesmo de informante.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 67309. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 17 mar. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58683453&num_registro=201600148920&data=20160331&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 12 out. 2016.). Contudo, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu no caso *Washington v. Texas* ser inconstitucional a vedação da legislação texana que impedia a oitiva do coautor do crime como testemunha de defesa, ao argumento de que arbitrariamente supunha que qualquer coautor mentiria em juízo, violando, assim, o direito constitucional do acusado à prova consistente, naquela hipótese, de ouvir pessoa mentalmente sá e que tinha percebido os fatos diretamente. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 61-62.)

¹⁰⁸⁰ Art. 197-bis: “*Personae imputate o giudicate in un procedimento connesso o per reato collegato che assumono l'ufficio di testimone. 1. L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), può essere sempre sentito come testimone quando nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444. 2. L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), può essere sentito come testimone, inoltre, nel caso previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera c). 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 il testimone è assistito da un difensore. In mancanza di difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio. (2) 4. Nel caso previsto dal comma 1 il testimone non può essere obbligato a deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata in giudizio sentenza di condanna nei suoi confronti, se nel procedimento egli aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione. Nel caso previsto dal comma 2 il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti. 5. In ogni caso le dichiarazioni rese dai soggetti di cui al presente articolo non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese nel procedimento a suo carico, nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze suddette. 6. Alle dichiarazioni rese dalle persone che assumono l'ufficio di testimone ai sensi del presente articolo si applica la disposizione di cui all'articolo 192, comma 3.*”

servir como testemunha, mas deve ser necessariamente assistido por defensor, aplicando-se esta disposição à oitiva do colaborador da justiça.¹⁰⁸¹

Tal como ocorre com a disposição italiana a lei brasileira referiu-se à “assistência do defensor”, não tendo conferido ao advogado o direito de intervir na produção da oitiva do seu assistido por meio de perguntas nesta oitiva. Assim, é de se aplicar pelos mesmos fundamentos ao caso brasileiro a solução dada pela doutrina italiana,¹⁰⁸² pela qual a menção legal à assistência e não participação induz ao reconhecimento de que o defensor do colaborador não possa imiscuir-se na condução da prova produzida no processo judicial de apuração de crime de terceiros, limitando-se a sua função a verificar a correção da gestão do depoimento e em particular o controle fiscalizatório em especial no tocante aos limites do que pode ser declarado ou não pelo colaborador.

Em ambas as hipóteses (como imputado ou como testemunha assistida) o colaborador deve ser ouvido antes dos demais imputados, uma vez que se aplica o Código de Processo Penal aos processos que visam a persecução penal do crime organizado, a teor do art. 22 da Lei 12.850/13: o legislador reconheceu como corolário do direito de defesa que o imputado seja interrogado ao final da instrução, a teor do art. 400 do Código de Processo Penal, consignando-se que quando atuar como testemunha assistida deverá ser ouvida na posição da qual a parte que o arrolou for titular (se for arrolado pela acusação, deverá ser ouvido antes das testemunhas arroladas pela defesa e se for por esta arrolado, deverá ser ouvido após às testemunhas de acusação).

Sendo ouvido como imputado, os demais imputados não poderão estar presentes quando do interrogatório do colaborador, a teor do art. 191 do Código de Processo Penal. Já quando ouvido como testemunha assistida, os imputados/delatados poderão presenciar o depoimento, desde que isto não gere temor no colaborador, nem ponha sua integridade física em risco, sendo aplicável aqui o disposto no art. 217 do Código de Processo Penal que permite ser o réu retirado da sala de audiência quando sua presença ou ser realizado o depoimento por videoconferência.

Ainda na qualidade de *testemunha assistida*, o colaborador não poderá ser contraditado sob o argumento genérico de que por ser réu ou imputado em outro crime não é digno de fé, suspeito ou parcial, porquanto a lei autoriza sua oitiva quando arrolado pelas

¹⁰⁸¹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 175

¹⁰⁸² CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6 ed. Torino: UTET Giuridica, 2015, p. 242.

partes,¹⁰⁸³ determinando seu compromisso legal, presumindo de forma absoluta que esta questão não invalida a credibilidade de seu depoimento. É certo que outras hipóteses de suspeição ou parcialidade podem ser arguidas, mas deverão estar baseadas em circunstâncias alheias à simples condição do colaborador ser réu em processo conexo ou beneficiário do programa de colaboração. Contudo, a consequência prática da contradita na seara processual penal será: a de exclusão da testemunha nas hipóteses do art. 207 do Código de Processo Penal (pessoas que mantem dever de sigilo); a de afastar o compromisso legal nas hipóteses do art. 208 do Código (doentes mentais, menores de 14 anos e parentes próximos do imputado); nas demais hipóteses não modificam o depoimento e o compromisso legal.

O juiz deverá de forma muito diligente observar o quanto disposto no art. 212, 2ª parte, do Código de Processo Penal¹⁰⁸⁴ quando da oitiva do colaborador, indeferindo perguntas que não tiverem relação direta com a causa sob julgamento. A pertinência da pergunta deve ser direta com o processo no qual o depoimento do colaborador está sendo produzido, e não meramente indireta, sob pena de indeferimento.

Embora exista clara dificuldade para o juiz identificar esta relação de pertinência direta entre a pergunta e o fato posto sob julgamento, dada à complexidade fática que envolve a maioria dos processos relativos ao crime organizado, o regime jurídico da colaboração premiada assim o exige. Isto porque tal medida visa resguardar o sigilo de eventuais trechos de delação feita pelo colaborador contra terceiros ou, ainda, em relação a outros crimes praticados pelo réu do processo em que ocorre a oitiva que não foram ainda denunciadas.

Considerando-se que o sigilo legal do acordo de colaboração e os depoimentos dele decorrentes em relação a terceiros ao menos até o recebimento da denúncia, o colaborador pode valer-se do benefício do art. 207 do Código de Processo Penal, eximindo-se de depor em relação a fatos que ainda são sigilosos e que não digam respeito de forma direta ao processo em julgamento, porquanto exerce a função de colaborador da justiça que obriga a este sigilo. E para instrumentalizar o exercício deste dever e direito do colaborador, este deve valer-se de seu defensor, cuja presença é obrigatória, que terá como uma de suas missões auxiliar o colaborador e ao juiz no tocante aos limites deste exercício do direito, sob pena do colaborador ter seu acordo rescindido.

¹⁰⁸³ Art. 4º, § 12, da Lei 12.850/13.

¹⁰⁸⁴ Art. 212 do Código: "As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida."

6.6 VALORAÇÃO DA PROVA

Seguindo-se à investigação, proposição, admissibilidade e produção da prova, exsurge o momento final do procedimento probatório: valoração da prova.

A valoração da prova produzida pelo juiz é corolário do direito das partes em produzir provas, pois este direito visa justamente formar e justificar o convencimento do magistrado sobre o *thema probandum*.¹⁰⁸⁵

Os sistemas jurídicos de valoração da prova podem ser divididos em ao menos três sistemas: o da prova legal, o da íntima convicção e o da persuasão racional do juiz, valendo consignar que estes sistemas são manifestações da concepção de Estado, contexto político e valores morais vigentes em cada momento histórico, podendo, ainda, coexistir no mesmo ordenamento jurídico.¹⁰⁸⁶

O sistema das provas legais tem origem remota podendo ser citado o direito hebreu no qual o crime/pecado não poderia ser reconhecido com apenas um testemunho, desenvolvendo-se posteriormente na Idade Média. Nesta foi caracterizado inicialmente pelas práticas das ordálias e duelos, no quais a culpa do agente era revelada divinamente por meio destes, cabendo ao juiz apenas acolher o resultado desta prova,¹⁰⁸⁷ submisso que devia ser aos cânones religiosos de então.

Posteriormente, como assinala Magalhães Filho,¹⁰⁸⁸ o sistema foi desenvolvido por meio de um complexo trabalho doutrinário com base no direito romano, passando-se à prova tarifada, na qual era estabelecido previamente pelo legislador de forma minuciosa e complexa os meios aptos a provar cada um dos fatos, bem como o resultado probatório de cada um destes meios de prova, advindo desta fase, por exemplo, o conhecido brocardo jurídico do *testis unus, testis nullus*. Embora, em tese, possuísse toda a minuciosa regulamentação um cunho garantista, na prática, por conta da permissão da tortura na obtenção da confissão, o sistema gerava apenas injustiças e barbaridades.

¹⁰⁸⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 89.

¹⁰⁸⁶ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 132.

¹⁰⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 415.

¹⁰⁸⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 22-25

Em relação à colaboração premiada, vigia nos Tribunais do Santo Ofício a validade da delação de coimputados e excomungados para a condenação de uma pessoa, condicionada a estar acompanhada por um testemunho de um cristão.¹⁰⁸⁹

A teoria das provas tarifadas, embora superada, ainda possui aplicação no país, tal como a exigência do art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, para a qual o prova do estado civil das pessoas somente pode ser feita na forma da lei civil.

Em face aos novos ideais trazidos pelo iluminismo, em especial no tocante à relação entre o Estado e o cidadão, ocorreu uma reação à forma repressiva das monarquias absolutistas no tocante à produção das provas, pregando-se a liberdade do julgador na análise da prova, afastando-se da avaliação aritmética das provas.¹⁰⁹⁰ Houve, ainda, neste momento histórico e em especial pelos ideais da Revolução Francesa, a expansão dos julgamentos realizados por juízes leigos (júri) que exigiam o abandono das provas tarifadas, dada à complexidade daquele sistema anterior.

Foi consagrado a partir do Código Napoleônico de 1808 o sistema da *intime conviction*, pelo qual “o juiz julga de acordo com o seu convencimento pessoal, mas não precisa motivá-lo ou justificar o julgado, podendo levar em conta para a formação do seu convencimento, inclusive, provas que não constavam do processo.”¹⁰⁹¹

O sistema da íntima convicção conduziu à permissão ao juiz julgar apenas conforme sua consciência, não sendo exigível a exposição dos fundamentos da decisão, o que representa uma grande insegurança à sociedade e um excessivo poder nas mãos do julgador.

Este sistema desenvolveu-se de forma ampla no mundo por meio dos tribunais do Júri, no qual jurados leigos são chamados a participar do Poder Judiciário julgando casos criminais, proferindo decisões sem a necessidade de justificá-las nas provas dos autos, sendo este o caso ainda do Brasil no tocante aos crimes contra a vida.

Pela liberdade excessiva dada ao magistrado por este sistema, gerando a insegurança jurídica das partes e ampliando os poderes do juiz penal, a doutrina alemã elaborou a teoria das provas legais negativas, pela qual a íntima convicção poderia ser

¹⁰⁸⁹ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 21.

¹⁰⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 26

¹⁰⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 415

usada apenas para a absolvição do acusado, exigindo-se a presença dos elementos legais de prova para a condenação.¹⁰⁹²

Com os excessos gerados pelo sistema da íntima convicção, desenvolveu-se o sistema da persuasão racional do magistrado, pelo qual há ampla liberdade do magistrado em proferir suas decisões, mas estas devem necessariamente estar fundamentadas na prova colhida no processo, sendo vedado ao juiz que utilize seu conhecimento privado sobre os fatos para tal finalidade. Em razão da necessária vinculação da decisão às provas, o juiz tem que expor publicamente as razões que o levaram a decidir, ou seja, o magistrado passa a sujeitar-se ao controle de suas decisões tanto pela sociedade quanto por órgãos judiciais de superior instância. Passa-se, pois, do sistema fundado na certeza moral para a certeza racional do juiz.

A livre consciência do juiz continua existindo, mas agora entendida como a imparcialidade do julgador e seu desinteresse pessoal no feito, e não mais como meio de substituição das provas dos fatos.

A motivação da decisão juiz, prevista constitucionalmente,¹⁰⁹³ permite o controle do raciocínio elaborado pelo juiz ao analisar e valorar as provas produzidas no processo, de forma a minimizar o subjetivismo próprio da atividade jurídica.

O ordenamento jurídico-processual brasileiro é fundado no sistema da persuasão racional do magistrado, como se depreende do art. 155 do Código de Processo Penal que estatui:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

No entanto, ainda que de forma geral prevaleça o princípio da persuasão racional do magistrado, há resquícios do sistema da prova legal e da íntima convicção, como acima mencionado, razão pela qual, quando visto em sua totalidade, o sistema brasileiro pode ser considerado um sistema misto entre os sistemas de valoração da prova mencionados.

¹⁰⁹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 27

¹⁰⁹³ Art. 93, IX, da Constituição Federal.

A valoração da prova produzida nos autos do processo deve ser realizada apenas em relação aos meios de prova obtidos de forma lícita e que tenha sido admitida pelo juiz como apta a ingressar no processo.

Além da motivação, a doutrina italiana preocupa-se de forma especial com o raciocínio desenvolvido pelo juiz na valoração da prova. De fato, o ordenamento jurídico italiano¹⁰⁹⁴ impõe ao juiz o dever demonstrar os resultados probatórios obtidos após a valoração dos elementos de prova, indicando, ainda, os critérios adotados para valorar a credibilidade da prova. Com isso, as partes obtêm o duplo controle da motivação do magistrado: a) pela Corte de Apelação, que analisará se houve a má administração dos resultados probatórios, que engloba o equívoco na valoração da credibilidade do elemento de prova e a errada interpretação dos resultados probatórios; b) pela Corte de Cassação, que pode examinar o raciocínio judicial para verificar se o juiz fundamentou sua decisão nos resultados probatórios e nos princípios de lógica.

No Brasil o Código de Processo Penal não possui a preocupação sobre o raciocínio judiciário na valoração da prova, embora preveja a necessidade do magistrado indicar os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, indicando, ainda, os artigos de lei aplicados.¹⁰⁹⁵

Pela valoração dos elementos produzidos nos autos, o magistrado somente estará autorizado a afastar a garantia constitucional da presunção de inocência nas hipóteses em que o resultado da valoração das provas indique que o imputado possui responsabilidade penal pelo fato a ele increpado além de qualquer dúvida razoável, ou seja,

No âmbito do processo penal, há exigência de um máximo de adequação probatória para afastar o estado de inocência e não uma mínima ou duvidosa idoneidade. A suficiência não se infere da quantidade probatória, mas de seus elementos qualitativos, de sua adequação factível à universalidade do que dos autos consta, bem como de sua filtragem constitucional e convencional.”¹⁰⁹⁶

Analisado brevemente os sistemas de valoração da prova, passemos então à forma e os parâmetros normativos para valoração específica da colaboração premiada.

¹⁰⁹⁴ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 63-64.

¹⁰⁹⁵ Art. 381 do Código de Processo Penal.

¹⁰⁹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

6.6.1 Aspectos gerais

Como decorre da natureza dúplice da colaboração premiada, a valoração dos elementos probatórios varia conforme o aspecto subjetivo a ser analisado: o colaborador ou o delatado.

E embora existam características próprias da valoração concernente a cada um destes aspectos subjetivos, há em comum alguns parâmetros jurídicos acerca do reconhecimento do valor probatório, isto é a capacidade de persuasão do juiz decorrente das declarações do colaborador.

Gomes Filho observa que a valoração da prova deve ser concretizada em dois momentos distintos:

[...] o primeiro é constituído por uma apreciação isolada sobre a aptidão de cada elementos obtido para servir de fundamento ao convencimento judicial (atendibilidade, idoneidade, credibilidade, autenticidade da prova); o segundo é representado pelo conjunto de operações referenciais, realizados a partir do material informativo reputado idôneo, com o objetivo de atingir o resultado da prova, que é a reconstrução dos fatos sobre os quais incidirá a decisão.¹⁰⁹⁷

Assim, no primeiro momento, impõe-se analisar a força probatória das declarações do colaborador. Esta força, isto é, a capacidade de influência jurídica destas declarações na convicção do julgador.

Muitas podem ser as razões que motivam o colaborador a cooperar com a persecução penal, algumas essencialmente morais (como o genuíno arrependimento interior), outras amorais (a busca pelos prêmios legais), e outras imorais ou ilícitas (tais como a incriminação falsa de inimigos por vingança ou por determinação de líderes da organização criminosa).

Em razão disso, diversamente da prova testemunhal, na qual se presume¹⁰⁹⁸ inicialmente a credibilidade da testemunha, que, em princípio apenas busca cooperar com a justiça expondo seu conhecimento sobre os fatos, em relação ao colaborador vige uma presunção contrária de certa falta de credibilidade no tocante à veracidade de suas declarações, presunção esta que também é relativa, pois também cede com a produção de elementos probatórios que a corroborem.

¹⁰⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 127

¹⁰⁹⁸ Presunção que é relativa, dado que cede quando infirmada por elementos probatórios em contrário.

No entanto, as declarações do colaborador não deixam de possuir força probatória,¹⁰⁹⁹ tanto que podem (e devem) ser corroboradas, não sendo necessário que sejam substituídas por outras provas, exigindo-se apenas que outras provas indiquem a veracidade das declarações do colaborador.

Ou seja, há uma diversidade de coeficientes probatórios¹¹⁰⁰ estipulado pelo legislador entre a prova testemunhal e as declarações do colaborador, razão pela qual podemos considerar em seu âmbito probatório, que as declarações do colaborador aproximam-se da categoria da prova semiplena do sistema da prova legal, que necessariamente deveria ser complementada por outras.¹¹⁰¹

Surge então a regra da corroboração.

6.6.2 Regra da corroboração

Dado que o colaborador praticou uma infração penal anterior, e que possa ter ele motivação espúria e imoral, a lei presume sua falta de credibilidade, determinando que: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”,¹¹⁰² visando a proteger o eventual delatado contra falsas acusações. Da mesma forma, mas agora visando proteger o próprio colaborador consigna o legislador que as partes podem retratar-se da proposta do acordo “caso em que as provas

¹⁰⁹⁹ Não concordamos, assim, com o posicionamento de Luiz Flavio Gomes para quem as declarações do colaborador possuem força probatória zero e devem ser consideradas apenas redundantes de outras (GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 346)

¹¹⁰⁰ O termo é usado por Fassone ao criticar a legislação italiana que autoriza que a prova para integrantes da organização criminosa seja avaliada de forma diversa daquela que é referente aos crimes comuns. (FASSONE, Elvio. La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 48, p. 417-463, 4º trim. 1997).

¹¹⁰¹ Rui Barbosa assenta que: “Prova plena, diz-se aquela que se faz por tantos e tais meios, que bastam para certificar o fato que se controverte. Diz-se prova semiplena aquela que produz alguma fé, mas não tanta que seja suficiente para demonstração da verdade sem algum adminículo. (.....)PEREIRA E, SOUSA tratando das espécies de prova semiplena diz serem 1.º uma testemunha sem suspeita, que deponha compridamente do fato, 2.º a confissão extrajudicial, 3—º a escritura particular justificada por comparação de letra ou por outro modo.”(BARBOSA, Rui. Obras completas de Rui Barbosa. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1951, p. 195-196)

¹¹⁰² Art. 4º,§16, da Lei 12.850/13. É de se notar que as regras de corroboração trazidas pela Lei 12.850/13 utilizam a técnica legislativa de incluir advérbios “apenas” e “exclusivamente” para indicar a necessidade da corroboração, enquanto o legislador italiano adotou a forma direta para exigir a corroboração, assentando que as declarações do corrêu devem ser avaliada em conjunto com os outros elementos de provas que confirmem sua credibilidade.

incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”¹¹⁰³

Vale a ressalva de que não houve modificação no regramento valorativo da confissão, isto é, ainda subsiste o reconhecimento de que a confissão judicial pode embasar uma condenação judicial, desde que não infirmada pelos demais elementos de prova,¹¹⁰⁴ acrescentando o parágrafo 10 do art. 4º, da lei em estudo apenas uma nova hipótese de corroboração necessária quando ocorrer a retratação da proposta de celebração de acordo. Desta forma, o legislador reconhece que a mera palavra do colaborador não é suficiente nem para embasar a condenação do delatado, nem para embasar a condenação do próprio colaborador, limitando esta última restrição apenas quando ocorrer a retratação da proposta.¹¹⁰⁵

Segundo Amodio, a *corroboration rule* tem origem no sistema inglês quando em 1954 a *House of Lords* reconheceu que o magistrado devia alertar os jurados sobre a conveniência de que a *accomplice evidence* seja confirmada por outras provas, e, embora o júri possuísse soberania em seu veredito, a ausência da advertência conduziria à nulidade do julgamento. Prossegue o professor italiano indicando que nos Estados Unidos a *corroboration rule* tornou-se uma verdadeira regra probatória, pela qual não se poderia condenar alguém com base apenas no depoimento do coimputado, consignando, todavia, que no sistema da *common law* a confirmação das declarações do coimputado pode ser constituída somente de outra testemunha.¹¹⁰⁶

No sistema inglês, há, ainda, uma regra que busca reduzir o risco do testemunho do corréu, a saber: a regra da *completion of proceedings*, pela qual não se admite que o cúmplice preste depoimento como testemunha quando estiver sendo processado pelo mesmo fato em outro processo. Melhor é a disciplina norte-americana da *immunity* que define formalmente a posição do colaborador da justiça que é chamado a testemunhar contra o corréu.¹¹⁰⁷

Passemos agora a análise da valoração da prova em relação ao delatado e em tópico próprio analisaremos a valoração em relação ao colaborador.

¹¹⁰³ Art. 4º, § 10, da Lei 12.850/13.

¹¹⁰⁴ Art. 197 do Código de Processo Penal: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

¹¹⁰⁵ Item 5.2.7 *supra*.

¹¹⁰⁶ AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitório al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 241-242

¹¹⁰⁷ AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitório al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 243-244

No tocante ao delatado, o legislador pátrio incluiu no sistema normativo do país a *corroboration rule* do sistema da *common law*, impondo dois limites à valoração da prova: a) a existência de apenas declarações do colaborador como elemento probatório da responsabilidade penal de alguém impõe ao juiz a obrigação de absolver o imputado, pois não são, por presunção absoluta, suficientes para embasar uma condenação; b) as declarações do colaborador somente tem proveito probatório se forem confirmadas por outros elementos probatórios.

A regra de corroboração não possui um caráter epistemológico,¹¹⁰⁸ pois as declarações do colaborador podem gerar o convencimento do magistrado sobre a reconstrução história de um fato, tanto quanto um depoimento testemunhal; possui, contudo, uma motivação política, visando reduzir a possibilidade de falsas incriminações realizadas por colaboradores movidos por motivos espúrios, revelando a desconfiança da sociedade em pessoas que cometeram crimes anteriores.¹¹⁰⁹

O legislador pátrio foi influenciado¹¹¹⁰ pela experiência italiana na qual, ao regular a atividade judicial da valoração da prova, exige que qualquer delação de

¹¹⁰⁸ A necessidade da corroboração das declarações do colaborador não possui caráter epistemológico, tanto que, como já aludido neste trabalho, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu inconstitucional a vedação da legislação texana que impedia a oitiva do coautor do crime como testemunha de defesa, ao argumento de que arbitrariamente supunha que qualquer coautor mentiria em juízo, violando, assim, o direito constitucional do acusado à prova consistente, naquela hipótese, de ouvir pessoa mentalmente sá e que tinha percebido os fatos diretamente. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 61-62.).

¹¹⁰⁹ Vale aqui observar que os que rechaçam a colaboração premiada como instrumento legítimo da persecução penal apontam que a regra de corroboração visa também obrigar o Estado a produzir provas, dado que uma condenação não poderia estar fundada apenas em uma traição: “A delação premiada, por implicar traição do corréu ao comparsa do crime, não pode servir de instrumento a favor do Estado, que tem o dever de produzir provas suficientes para o decreto condenatório.”(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 97.509/MG. Rel. Min. Arinaldo Esteves Lima. Julgado em 15 jun. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200703072656&dt_publicacao=02/08/2010>; Acesso em 22 out. 2016)

¹¹¹⁰ Pode ser lembrado, ainda, o entendimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha no mesmo sentido de exigir a regra de corroboração: “*Los recelos acerca de las pruebas obtenidas por estos medios que, como vimos, se suscitan en la doctrina⁷¹ se reflejan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Este último ha abordado en varias ocasiones la eficacia probatoria de la declaración inculpativa de un coimputado para recordar al Tribunal que no está sujeto al deber de veracidad -a diferencia del testigo- en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24. 2 de la Constitución española), de modo que cuando ésta es la única prueba de cargo no se la considere con consistencia plena si no es corroborada por otras o por otros elementos de prueba (S.T.C. 29/ 1995, 197/ 1995, 129/ 1996, 153/1997, de 29 de septiembre, 49/ 1998, de 2 de marzo, 115/ 1998, de 1 de junio, 63/ 2001, 68/ 2001, 69/ 2001 y 70/ 20001, de 17 de marzo, 72/ 2001, de 26. 3, 68/ 2002, de 21 de marzo, 70/ 2002, de 3 de abril, 181/ 2002, de 14 de octubre, 233/ 2002, de 9 de diciembre, 237/ 2002, de 9 de diciembre, 65/ 2003, de 7 de abril, entre otras)*” (PAZ, Isabel Sánchez García de. EL coimputado que colabora com la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 07-05, p. 05:1- 05:33. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015).

imputado, seja colaborador da justiça ou não (do mesmo processo ou de feito conexo), venha a ser confirmada por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade.¹¹¹¹

No sistema italiano, a regra da corroboração é a chave do sistema de valoração dos elementos de prova e o nível de sua utilizabilidade, devendo o juiz reconstruir uma história processual entre os elementos colhidos na fase de investigação e em juízo, empenhando-se em um exame intrínseco e global das declarações do colaborador.¹¹¹²

A regra de corroboração pertence à categoria das provas legais negativas, que foi desenvolvida inicialmente pela doutrina alemã como reação ao sistema da íntima convicção do julgador. Assim, não se estabelece de forma apriorística pela lei o que é necessário para embasar um decreto condenatório, mas o legislador apenas declara o que é insuficiente para tal mister, distinguindo-se, assim, do antigo sistema de provas legais.

A regra de corroboração pode ser entendida como mecanismo imposto pelo legislador ao juiz que consagra na valoração da colaboração premiada uma forma específica de crítica da prova: a técnica da confirmação.

De fato, fundado na lição de Dominioni, tem-se que o juiz deve aferir a credibilidade dos dados probatórios apurados pelos meios de prova angariados nos autos, e, para tanto, formula proposições de valor que serão usadas para aferir a credibilidade das informações, valendo-se de técnicas próprias de valoração no segundo momento da apreciação judicial das provas, dentre elas a técnica da confirmação, a técnica do confronto, a técnica relativa ao controle intrínseco da declaração e a técnica de controle sobre as condições do declarante.¹¹¹³

A técnica da confirmação é aquela pela qual:

¹¹¹¹ Art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal italiano: “ *Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.*”

¹¹¹² FASSONE, Elvio. La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 48, p. 417-463, 4º trim. 1997.

¹¹¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 128-129. Gomes Filho ainda anota sobre a técnica do confronto, que é aplicada quando não estão disponíveis outros meios de prova que comprovem o mesmo fato, razão pela qual o juiz deve valer-se do confronto dos dados principais da prova com dados acessórios que não ostentam relação direta com o thema probandum, que podem autorizar a conclusão sobre a falsidade ou a veracidade do fato principal, como é o caso da testemunha que revela um fato secundário que somente poderia ter conhecimento acaso estivesse realmente na cena do crime; o controle da atendibilidade intrínseca da declaração visa analisar uma série de elementos relativos à idoneidade das declarações, como a espontaneidade da declaração, a ausência ou presença de interesse pessoal, a coerência, a precisão, a integridade das declarações; por fim, há o controle sobre as condições do declarante que analisam os aspectos morais de sua personalidade, ou seu nível cultural ou social e eventuais análises de depoimentos prestados em outros processos (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 127-128).

[...] o juiz formula o juízo de veracidade da prova mediante constatações sobre os resultados das diversas provas realizadas, empregando máxima de experiência muito simples, segundo a qual o fato atestado por várias provas é geralmente verdadeiro.¹¹¹⁴

Impõe-se, ainda, reconhecer que a regra de corroboração trazida pela Lei 12.850/13, por se referir exclusivamente à condenação, concerne à regra de julgamento de mérito da responsabilidade penal, ou seja, tem incidência restrita objetivamente pelo legislador à prolação da sentença final. Não incide, portanto, na valoração realizada pelo juiz em relação às decisões interlocutórias mistas e simples, para as quais vige o princípio geral de valoração da prova decorrente da persuasão racional do juiz.

Desta forma, as declarações do colaborador se, de um lado, não podem embasar uma sentença condenatória de mérito contra o delatado, podem, de outro, validamente embasar, de per si: a) a decretação de medidas cautelares, como a prisão preventiva; b) a decisão da produção de meios de prova condicionados à reserva jurisdicional, tais como a quebra de sigilo bancário e a interceptação telefônica; c) o recebimento da denúncia, consistindo as declarações do colaborador como base fática suficiente para configurar a justa causa necessária ao ajuizamento da ação penal.¹¹¹⁵

Este arcabouço jurídico é decorrente do reconhecimento de que para as decisões interlocutórias mistas e simples o *standard* probatório¹¹¹⁶ necessário não se funda em juízo de certeza, mas sim em juízo de probabilidade, que é suprido pelas declarações do colaborador.

Baseado na técnica de confirmação e tendo em conta que a desconfiança trazida pelas condições pessoais do colaborador, a regra de corroboração constitui salvaguarda legal que equilibra a necessidade de se valer deste controverso e perigoso meio de

¹¹¹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 128.

¹¹¹⁵ Neste sentido é a jurisprudência: “Na espécie, o impetrante argumenta que é ilegal a conversão da prisão temporária em prisão preventiva, porque a única prova de participação do paciente na empreitada criminosa é o depoimento do corréu Paulo César da Silva Leme. Nada há de ilegal, porém, na valoração de depoimento de corréu, que como indício serve à fundamentação de cautelares penais. Se para a condenação outras provas exigíveis seriam além da delação, nada impede admiti-la para fins de demonstração da justa causa.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 307959/SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402806048&dt_publicacao=26/10/2015>. Acesso em 12 out. 2016)

¹¹¹⁶ Gustavo Badaró reconhece a existência de três standards probatórios ou critérios de convencimento do juiz: a) *preponderance evidence*, que indica apenas a probabilidade de um fato ter ocorrido; b) *clear and convincing evidence*, que indica uma probabilidade elevada; c) *beyond a reasonable doubt*, na qual há uma probabilidade elevadíssima, que se aproxima da certeza. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 432)

obtenção de prova como forma de garantir a eficiência da persecução penal e a necessidade de se evitar acusações e condenações injustas baseada neste meio de prova.

Em razão da necessidade da corroboração das declarações do colaborador, não há para o delatado qualquer relevância no tocante à valoração probatória o momento da produção da oitiva do colaborador, pois seja na fase pré-processual, seja na fase processual, estas declarações somente poderão fundamentar a condenação caso sejam corroboradas por outros elementos de prova.

A regra de corroboração vem sendo prestigiada e imposta também pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que afirmou no caso *Labita v. Itália* que as declarações dos *pentiti* constituem elementos valiosos na luta contra a criminalidade organizada. Todavia, em razão da possibilidade de que as declarações sejam interessadas em prejudicar terceiros, reconheceu que os tribunais nacionais devem exigir a corroboração das declarações dos *pentiti* por fatos objetivos.¹¹¹⁷

Pela regra da corroboração, a credibilidade das declarações do imputado está vinculada não somente na credibilidade intrínseca do depoimento deste, mas deve decorrer necessariamente do conjunto probatório obtido,¹¹¹⁸ diversamente do que ocorre com o depoimento de uma testemunha, que pode ser valorada contra outros elementos probatórios, podendo gerar a condenação do imputado.¹¹¹⁹ Em outros termos, a credibilidade do colaborador advirá necessariamente de elementos extrínsecos ao seu

¹¹¹⁷ CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Case *Labita v. Italy*. Julgado em 6 abr. 2000. Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["labita"\],"itemid":\["001-58559"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 13 out. 2016. No sentido da necessidade da regra da corroboração: “*the Court notes that the applicant was arrested on the basis of “investigative information” that the applicant, F.M. and Messrs Nicolae Ninescu and Anatolie Tripăduş had executed the orders of the latter against S.F. The Court further notes that this “investigative information” was corroborated by S.F.’s criminal complaint, which would have been sufficient of itself to justify the applicant’s arrest under national law. In this connection, the Court recalls that in Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, § 59, ECHR 2000-IV, it recognised that a suspect may validly be detained at the beginning of proceedings on the basis of statements made by an informer (pentiti). Similarly, the Court found in O’Hara v. the United Kingdom, no. 37555/97, ECHR 2001-X that information passed on at a police briefing by informers who identified the applicant as one of a number of persons suspected of involvement in a specific terrorist event was sufficient to raise a reasonable suspicion that the applicant had committed a criminal offence. The Court therefore considers that there was sufficiently specific information in the present case to raise a reasonable suspicion that the applicant had committed an offence. Accordingly, this part of the applicant’s application must be declared inadmissible as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.*” (CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Case *Ignatenco v. Moldova*. Julgado em 8 fev. 2011. Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["pentiti"\],"itemid":\["001-103319"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 13 out. 2016)

¹¹¹⁸ FERRUA, Paolo. Il “giusto processo”. 3 ed. Bologna: Zanichelli editore, 2012, p. 231.

¹¹¹⁹ O depoimento de uma testemunha presencial e imparcial de um crime de roubo pode embasar um decreto condenatório, mesmo que seja contrária aos depoimentos de amigos do réu dando conta de algum álibi deste, pois a credibilidade da testemunha pode estar fundada apenas na credibilidade intrínseca do seu depoimento, o que não ocorre com a figura do colaborador-delator, dada à necessidade da regra da corroboração.

depoimento que devem gerar uma corroboração para afastar a presunção de inocência, conforme reconhece o Tribunal Constitucional da Espanha,¹¹²⁰ além da necessária credibilidade intrínseca do depoimento próprio da prova testemunhal em geral.

6.6.3 Elementos intrínsecos e extrínsecos das declarações do colaborador

Pela influência da jurisprudência da Corte de Cassação italiana,¹¹²¹ passou-se a reconhecer que as declarações do colaborador podem ser analisadas pelo juiz em sua credibilidade por meio de elementos intrínsecos, isto é, relativos à subjetividade do colaborador, e elementos extrínsecos, que são relativos a outros elementos de prova diversos do colaborador, devendo ambos serem valorados de forma conjunta e unitária, não sendo necessário ao julgador percorrer nesta avaliação uma sequência lógico-temporal destes elementos.¹¹²²

Os elementos intrínsecos podem ser classificados em elementos de credibilidade subjetiva do declarante e elementos de credibilidade objetiva das declarações prestadas.

Neste passo, a disposição relativa ao art. 4º, parágrafo 1º, da Lei 12.850/13, que determina a avaliação judicial sobre a personalidade do colaborador insere-se na valoração

¹¹²⁰ “En lo que respecta en particular a la declaración inculpativa de un coimputado, en anteriores decisiones hemos puesto de relieve que, por la posición que ocupa en el proceso y por no exigirse legalmente a quien declara como acusado decir la verdad, tal declaración ha de quedar en todo caso sometida a un detenido examen (SSTC 29/1995, de 6 de febrero, 197/1995, de 21 de diciembre, y 49/1998, de 2 de marzo, entre otras), más necesario aun cuando constituye la única prueba de cargo en el proceso (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, y 115/1998, de 1 de junio). [...] Esto es, que en orden a apreciar la veracidad de lo declarado, esa declaración ha de estar avalada “por otros hechos, datos o circunstancias externas” de lo que haya constancia en el proceso. Doctrina que hemos reiterado en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, donde se puso de relieve que, junto a las declaraciones de los coimputados existió un conjunto de hechos o indicios convergentes de los que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo extrajo la conclusión de que tales declaraciones respondían a la verdad.” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 72/2001, julgado 26 mar. 2001. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show?tipoResolucion=SENTENCIA&year=2001&number=72>. Acesso em 12 out. 2016)

¹¹²¹ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 193

¹¹²² “[...]nella valutazione della chiamata in correità o in reità, il giudice, ancora prima di accertare l'esistenza di riscontri esterni, deve verificare la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità oggettiva delle sue dichiarazioni, ma tale percorso valutativo non deve muoversi attraverso passaggi rigidamente separati, in quanto la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità oggettiva del suo racconto devono essere vagliate unitariamente, non indicando l'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen., alcuna specifica tassativa sequenza logico-temporale” (Sez. Un. 29/11/2012, n. 20804, Rv. 255145).” (ITALIA. Corte Suprema de Cassação. Sentenza. Sez. 1. Num. 42803. Julgado em 26 mai. 2016. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20161012/snpen@s10@a2016@n42803@tS.clean.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016)

probatória das declarações do colaborador como elemento intrínseco, bem como no momento da aplicação da pena.

Contudo, a credibilidade subjetiva do colaborador não pode decorrer da personalidade do colaborador e seu passado, circunstâncias que são normalmente analisadas em relação à oitiva de testemunhas e vítimas, porquanto serão quase sempre reprováveis, até porque, por definição, o colaborador é alguém envolvido com práticas criminosas anteriores, não ostentando, assim, a personalidade tal qual se espera do *bonus pater familias*.¹¹²³

O cerne da credibilidade subjetiva do colaborador será, pois, a avaliação judicial sobre a existência de motivos pessoais espúrios do colaborador para incriminar o eventual delatado, podendo ser citado o exemplo do colaborador que visa se vingar do delatado por acontecimentos passados. É de se notar que a mera vingança não é suficiente para retirar a credibilidade do colaborador, podendo demonstrar apenas uma motivação imoral;¹¹²⁴ será necessário que o colaborador impute falsamente fatos ao delatado. De qualquer forma, a existência de desavenças anteriores do colaborador com o imputado impõe maior cautela na avaliação de sua credibilidade.

Ainda em relação à motivação, o simples fato do colaborador estar cooperando com a persecução penal para receber os prêmios legais, ou seja, buscar reduzir sua responsabilidade penal, não é motivo a inquirir sua credibilidade, pois o sistema de prêmios já foi avaliado previamente pelo legislador como adequado, não cabendo ao juiz afastar-se deste comando legal.

Outro aspecto da confiabilidade do colaborador é o cumprimento por parte dele dos compromissos assumidos com o Estado quando da celebração do acordo de colaboração premiada, porquanto o descumprimento deliberado do acordo com o Estado, como por exemplo, violar o sigilo do acordo, gera sua a pouca credibilidade do colaborador,¹¹²⁵ o que deverá ser avaliado pelo juiz.

Já sob o ângulo da credibilidade objetiva do colaborador, o objeto da valoração será o depoimento prestado por ele e suas declarações propriamente ditas. De forma comum a qualquer depoimento testemunhal, o juiz deve analisar a coerência e

¹¹²³ O *bonus pater familias* era o padrão do homem comum médio no direito romano.

¹¹²⁴ Como já reconheceu a Corte de Cassação italiana: “[...]che l'eventuale motivazione mercenaria che spinge alla collaborazione non è di per sé indice di insincerità (cfr. Sez. 5, n. 50589 del 30/09/2013, Rv. 257832).” (ITALIA. Corte Suprema de Cassação. Sez. 1, Nu. 42803/2016; Julgado em 26 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snp&nid=20161012/snpn@s10@a2016@n42803@tS.clean.pdf>>. Acesso em 12 out. 2016)

¹¹²⁵ RUGGEIRO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 159

homogeneidade das declarações prestadas, que não devem conter incongruências ou contradições internas, bem como deve descrever de forma detalhada os fatos presenciados pelo colaborador, afastando-se de omissões relevantes à compreensão dos fatos.

A doutrina italiana entrevê algumas características do depoimento do corréu que lhe dão credibilidade objetiva, totalmente aplicáveis ao direito nacional: a) a imediatidade, ou seja, a confiabilidade do relato do corréu ostenta cresce de forma inversamente proporcional ao tempo do crime praticado: maior o tempo decorrido, menor a credibilidade, ao argumento de que o maior decurso do tempo permite a elaboração falsa de acusações; b) a constância e a reiteração, pela qual a delação do corréu será mais confiável caso seja repetida diversas vezes sem contradições entre estas e sem retratação; c) logicidade, isto é, deve o relato estar estruturado de modo a responder às regras comuns de experiência, da lógica e da física; d) precisão, isto é, o relato será tão mais confiável quanto mais expuser com riquezas de detalhes os fatos delatados; e) univocidade, a delação é unívoca quando não contém ambiguidades ou seja suscetível de diversos significados.¹¹²⁶

Destes elementos, vale destacar como elementos preponderantes de credibilidade a constância e a reiteração homogênea das declarações, pois se presume que a verdade do seu conhecimento sobre os fatos deve manter-se intocada, sob pena de se configurar uma falsidade. Neste aspecto, a retratação do colaborador de algumas (ou todas) declarações pode certamente contribuir para a perda da credibilidade do colaborador, o que deverá ser analisado pelo magistrado com maior cautela, não se olvidando, ainda, que a retratação pode ter ocorrida em razão da intimidação da organização criminosa, razão pela qual a retratação, por si só, não afasta toda a credibilidade objetiva do colaborador.

Como já explanado neste trabalho, a confissão do agente colaborador não é imprescindível à colaboração premiada, até porque o colaborador poderá simplesmente indicar fatos de terceiros e mesmo assim fazer jus aos benefícios legais, o que deve ser avaliado pelo Ministério Público em sua análise preliminar de conveniência e oportunidade da colaboração do agente que não confessou o crime.

Todavia, não se pode negar que as declarações do colaborador ganham relevante carga de credibilidade quando este confessa práticas criminosas e após delata fatos de terceiros.

Os elementos intrínsecos de credibilidade ostentam maior importância até a fase da prolação de sentença, pois as declarações do colaborador podem ser usadas, de per si,

¹¹²⁶ CAVALLI, Giacomo. *La chiamata in correità*. Milano: Giuffrè editore, 2006, p. 103-107.

para decretar medidas cautelares e outras limitações à direitos individuais, sendo certo, ainda, que por não estar encerrada a instrução, não se poderá avaliar de forma conjunta a colaboração com os outros elementos probatórios, que podem mesmo não existir, como na fase pré-processual.

Já os elementos extrínsecos devem ser o objeto principal da avaliação do julgador quando da prolação da sentença, ficando em segundo plano os elementos intrínsecos, uma vez que mesmo pessoas criminosas e infames podem prestar declarações verdadeiras, o que será aferido justamente pelos elementos extrínsecos como decorrência da regra de corroboração, que assume papel de incontrastável preponderância sobre os elementos intrínsecos.

Os elementos extrínsecos correspondem aos elementos de prova diversos das declarações do colaborador, que tem uma finalidade estabelecida: devem confirmar estas declarações, ou seja, são “os elementos corroboradores”.

A lei não distinguiu quais seriam estes elementos corroboradores, podendo em princípio ser todos os demais elementos de prova angariados de forma lícita no processo, vigendo o princípio da liberdade dos meios de corroboração.

Assim, a corroboração pode ocorrer por meio de depoimentos de testemunhas, pelos resultados probatórios obtidos com interceptação telefônica ou de dados, perícias, dentre outros. Sobre o tema, a Corte Europeia de Direitos Humanos, embora sem afirmar a exclusividade destes, reconheceu que a prova corroboradora das declarações do colaborador pode consistir em relato testemunhal e documental.¹¹²⁷

No entanto, algumas observações podem ser realizadas, no sentido de restringir os elementos que poderiam constituir-se em elementos de corroboração.

¹¹²⁷ “The Court observes that S.G.’s reliability may be called into question in view of the fact that the witness was giving hearsay evidence and that he had benefited from a milder sentence as a reward for having collaborated with Turkish prosecution authorities. The Court reiterates in this context that it has previously considered that the sometimes ambiguous nature of statements of so-called “pentiti”, and the risk that a person might be accused and arrested on the basis of unverified allegations that are not necessarily disinterested, must not be underestimated (compare *Labita*, cited above, § 157). Accordingly, such testimony had to be corroborated by other evidence in order to justify continued pre-trial detention (see *Labita*, cited above, § 158). In the instant case, the evidence given by S.G. was corroborated by documentary evidence establishing that the applicant had been elected into the central committee of the DHKP-C and by evidence given by witnesses who had confirmed that the applicant held a leading position in the terrorist organisation at the relevant time. In contrast to the *Labita* case, it thus cannot be said that the Court of Appeal relied exclusively on testimony given by a witness who had been rewarded for having collaborated with prosecution authorities.”(CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case *Eren v. Germany*. Julgado em 6 nov. 2014. Disponível em:<

Em uma primeira diretriz sobre o tema, os elementos de corroboração devem constituir, de per si, elementos probatórios que a lei autoriza para fundamentar exclusivamente a condenação, tal como ocorre com a prova testemunhal, documental ou pericial.

Com este fundamento, os elementos de corroboração não podem se tratar das *provas constituendas* produzidas na fase pré-processual. Isto porque já há a regra de corroboração trazida pelo art. 155 do Código de Processo Penal no tocante aos elementos de informação produzidos na fase policial,¹¹²⁸ pois estes devem ser corroborados por elementos de prova produzidos em juízo, com exceção das provas cautelares. Assim, tendo em conta que os elementos de informação constituem um *minus* probatório definido pelo legislador em relação aos elementos produzidos em juízo, não se tem como possível que ostentem força probatória suficiente para corroborar outro elemento probatório conceituado pelo legislador com pouca densidade probatória.

Da mesma forma, também não é possível a corroboração com a delação cruzada (*mutual corroboration*), isto é, as declarações de um colaborador não podem ser corroboradas exclusivamente por outras declarações de outro colaborador, dado que a lei afasta a densidade probatória das declarações, que não podem de forma exclusiva embasar um decreto condenatório¹¹²⁹, como inclusive reconhece a jurisprudência pátria¹¹³⁰ e espanhola¹¹³¹. Nada impede, contudo, como reconhece a jurisprudência italiana, que exista a delação cruzada confirmada por outros elementos de prova.¹¹³²

¹¹²⁸ Fassone aduz que a declaração daquele ouvido durante a investigação deve ser analítica, harmônica com si mesma, tendo dignidade lógica interna e deve ser coerente com elementos distintos da declaração, para ser apto a inscrever a história dos fatos delituosos com a legitimidade que vem dos diversos signos que o compõe (FASSONE, Elvio. La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada. Revista del Poder Judicial, Madrid, n. 48, p. 417-463, 4º trim. 1997).

¹¹²⁹ Neste sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 460; GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 347-348.

¹¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 5700-DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 22 set. 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet5700.pdf>>. Acesso em 20 out. 2016.

¹¹³¹ "Igualmente se ha destacado, por un lado, que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; ó 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3)"(ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 55/2005. Disponível em: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/5315>>. Acesso em 12 out. 2016)

¹¹³² "[...] le dichiarazioni accusatorie rese da due collaboranti possono anche riscontrarsi reciprocamente, a condizione che si proceda comunque alla loro valutazione unitamente agli altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, in maniera tale che sai verificata la concordanza sul nucleo essenziale del narrato, rimanendo quindi indifferenti eventuali divergenze o discrasie che investano soltanto elementi circostanziali del fatto, a meno che tali discordanze non siano sintomatiche di una insufficiente attendibilità dei chiamanti stessi" (Sez. 1, n. 7643 del 28/11/2014, Rv. 262309)"(ITALIA. Corte

Por outro lado, a *hearsay witness*, a testemunha que soube indiretamente dos fatos por meio de terceiros, também não pode, em regra, constituir-se em elemento corroborador, justamente porque sua ineficácia probatória decorre não da lei, mas de sua baixa qualidade epistemológica.¹¹³³ Isto porque não sujeita a fonte originária que presenciou os fatos ao contraditório pleno das partes. No entanto, em casos específicos podem constituir legitimamente em elemento corroborador, seguindo as exceções existentes no sistema americano,¹¹³⁴ tais como quando há a indisponibilidade da testemunha presencial por morte ou doença, ou quando a parte contra a qual a prova será produzida teve oportunidade de realizar o exame cruzado da testemunha presencial em outro processo, ou, ainda, nos casos em que a parte contra a qual a prova será produzida acarretou a indisponibilidade da testemunha originária para depor, como por exemplo, ameaçando-a ou intimidando sua família, o que revela grande relevância em se tratando de criminalidade organizada na qual tal prática é comum.

Os indícios,¹¹³⁵ que não constituem meio de prova, mas sim resultado probatório,¹¹³⁶ podem ser usados validamente para fundamentar uma condenação, conforme prevalece o entendimento atual, desde que seja obtido por meio deles, após o raciocínio lógico, um alto grau de probabilidade entre o fato indicante e o fato indicado, o que somente pode ocorrer por meio de um conjunto de indícios e não apenas de um único indício.¹¹³⁷

No mesmo sentido, a jurisprudência espanhola entende ser necessária a existência de um conjunto de indícios para que exista a corroboração necessária às declarações do

Suprema de Cassação. Sentença. Sez. 1. Num. 42803. Julgado em 26 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20161012/snpen@s10@a2016@n42803@tS.clean.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016)

¹¹³³ Gustavo Badaró aduz que: “o fundamento mais aceito para a *hearsay rule* é epistemológico: a melhor maneira de descobrir a verdade, mormente em um processo eminentemente oral e centrado em fontes de prova pessoal, é submeter a testemunha a um exame cruzado, para verificar se está falando a verdade ou mentindo.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy, *A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional Estudo sobre sua admissibilidade e valoração*. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/a-utilizacao-da-hearsay-witness-na-corte-penal-internacional-estudo-sobre-sua-admissibilidade-e-valoracao-1.html>>. Acesso em 12 jun. 2015)

¹¹³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy, *A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional Estudo sobre sua admissibilidade e valoração*. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/a-utilizacao-da-hearsay-witness-na-corte-penal-internacional-estudo-sobre-sua-admissibilidade-e-valoracao-1.html>>. Acesso em 12 jun. 2015)

¹¹³⁵ “Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, susceptível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.” (MOURA, Maria Thereza Rocha Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38)

¹¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 486.

¹¹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 487.

coimputado, não bastando para tanto a simples existência de um indício no sentido de tais declarações, condicionando, ainda, a utilização destes indícios à concomitante da reunião das seguintes condições: a) os fatos-base (indícios) devem estar provados de forma plena; b) os fatos constitutivos devem deduzir-se precisamente dos fatos-base; c) o órgão judicial deve exteriorizar as razões de ordem lógica existente entre o fato-base e o fato constitutivo dele derivado; d) as razões devem estar assentadas na decisão judicial.¹¹³⁸

Portanto, para que os indícios possam validamente se constituir em elementos corroboradores, deve haver a prova plena do fato-base, bem como de uma forma muito específica deve estar bem delineado o raciocínio lógico adotado pelo julgador, a fim de deduzir/induzir dos indícios a demonstração dos fatos relativos à responsabilidade penal do imputado,¹¹³⁹ valendo ressaltar que na persecução penal do crime organizado os indícios vem assumindo uma relevante importância na valoração dos fatos.¹¹⁴⁰

É de se anotar que na jurisprudência italiana há muitos julgados que interpretam como elemento corroborador da delação do corréu comportamentos do delatado, como, em especial, o alibi mentiroso; fundam-se na premissa de que quem mente é culpado, o que não vem sendo admitido pela doutrina por conta de inverter de forma ilegítima o ônus do Ministério Público de provar os fatos criminosos.¹¹⁴¹

Tecidas estas considerações, impõe-se analisar qual deve ser o objeto de prova dos elementos corroboradores.

¹¹³⁸ “A su vez, tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Sala (vd. STS 146/2016, de 25 de febrero -cuya literalidad prácticamente reiteramos- y las que allí se citan) han establecido que, en ausencia de prueba directa, es posible recurrir a la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria, cuya validez para enervar la presunción de inocencia ha sido admitida reiteradamente por ambos Tribunales, de modo que a través de esta clase de prueba, es posible declarar probado un hecho principal mediante un razonamiento construído sobre la base de otros hechos, los indicios, que deben reunir una serie de condiciones o requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre “una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes”).” (ESPAÑA. Tribunal Supremo. STS 4310/2016. Julgado: 4 out. 2016. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7837772&links=coimputado%20indicios%20conjunto&optimize=20161014&publicinterface=true>>. Acesso em 13 out. 2016)

¹¹³⁹ CUERDA ARNAU, María Luisa. El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 25, p. 3-67., 2005, p. 58.

¹¹⁴⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 436.

¹¹⁴¹ CAVALLI, Giacomo. *La chiamata in correità*. Milano: Giuffrè editore, 2006, p. 120.

As declarações do colaborador narram fatos delatados que devem inicialmente corresponder a alguma das hipóteses previstas taxativamente na lei, conforme já asseverado neste trabalho, e, desta forma, o juiz estará, quando da prolação da sentença, diante de um depoimento expondo um fato, depoimento que, contudo, não pode ser usado de forma exclusiva para constituir a prova deste fato.

Deve-se registrar que a corroboração prescinde de uma confirmação total das declarações do colaborador por elementos extrínsecos, pois acaso assim fosse, estar-se-ia afastando qualquer valor probatório à palavra do colaborador, o que, como já dito, o legislador não pretendeu. Isto porque em ambas as disposições acerca da *corroboration rule* trazidas pela Lei 12.850/13 mencionadas neste trabalho, o legislador de forma expressa introduziu o advérbio “exclusivamente”, determinando, assim, que as declarações do colaborador possuem força probatória, mas em menor grau do que uma prova testemunhal, razão pela qual precisam ser confirmadas por outros elementos de prova; é dizer: a corroboração não precisa ser plena, mas mínima, como assenta a jurisprudência espanhola.¹¹⁴²

Dito isto, pode-se entender o objeto da corroboração de duas formas: a) corroboração sobre quaisquer circunstâncias (principais ou secundárias) mencionadas pelo colaborador; b) corroboração dos fatos delatados.

Pela primeira, mais ampla, os elementos de corroboração podem ater-se apenas a circunstâncias indiretas e secundárias que confirmem alguns elementos contidos no depoimento do colaborador, mas sem a necessidade de se relacionarem diretamente ao fato principal delatado. É o caso em que uma anotação da secretária do delatado confirma que o colaborador esteve com o delatado no dia em que aquele declarou em juízo: esta prova confirma apenas que houve o encontro entre ambos, mas não corrobora o teor do encontro, no qual foi discutido o fato delatado. Ou seja, a corroboração ocorreu apenas em relação à

¹¹⁴² “Es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, en cuanto a la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, que si bien su valoración es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas; y que **la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser plena, sino mínima**, y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.”(ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 55/2005. Julgado em: 14 mar. 2015. Disponível em:< <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/5315>>. Acesso em 15 out. 2016)(grifo do autor)

credibilidade de parte da declaração do colaborador, mas não em seu âmago, isto é, em relação ao fato delatado.

Já a segunda forma, refere-se à necessidade de que a corroboração esteja ligada ao fato principal delatado. É o caso em que o colaborador afirma que parte do dinheiro desviado do patrimônio público pelo delatado foi depositado em uma conta bancária, cujo depósito posteriormente é comprovado por meio da quebra de sigilo de dados bancários.

Entendemos que, visando dar maior garantia aos imputados-delatados dada à concreta possibilidade de falsas acusações, e ao equilíbrio na eficiência da persecução penal no juízo de proporcionalidade constitucional, impõe-se reconhecer que os elementos corroboradores devem estar ligados ao fato delatado e não a circunstâncias secundárias que poderiam indicar a credibilidade objetiva do colaborador.¹¹⁴³

A necessidade desta ligação com o fato principal não importa em reconhecer, repita-se, que a corroboração seja necessária para cada declaração do colaborador: é suficiente que confirme parte do fato delatado gerando no juiz, por meio de um raciocínio lógico-jurídico de valoração das provas, a certeza necessária de que a outra parte do fato delatado não confirmada por elementos extrínsecos também é verdadeira. Uma das relevantes justificativas do emprego dos colaboradores da justiça é justamente obter informações que não seriam obtidas por outro modo, havendo algumas informações que dificilmente serão corroboradas por outros elementos probatórios, tal como o nível hierárquico de um líder da organização criminosa.

Decorre, portanto, que a corroboração deve estar ligada ao fato delatado, que é o fato principal, devendo haver ao menos a corroboração mínima das declarações do colaborador.

Fundado na doutrina italiana,¹¹⁴⁴ temos que a valoração das declarações do colaborador pode ser fracionada, isto é, pode ser considerada pelo juiz verídica parte das declarações e inverídica outra parte delas conforme os elementos de corroboração confirmem ou rechacem os fatos declarados. O relato do colaborador é, assim, divisível, tal como na confissão, podendo o juiz considerá-la apenas parcialmente em relação à acusação contra o delatado.

¹¹⁴³ Em contrário, a jurisprudência espanhola entende que circunstâncias secundárias podem constituir em idôneos elementos corroboradores, como por exemplo ligações telefônicas entre o delator e o delatado (CUERDA ARNAU, María Luisa. El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 25, p. 3-67., 2005, p. 55).

¹¹⁴⁴ CAVALLI, Giacomo. *La chiamata in correità*. Milano: Giuffrè editore, 2006, p. 107-108.

Assim, a corroboração visa precipuamente complementar valorativamente uma credibilidade presumidamente fraca das declarações do colaborador com a finalidade de transformá-las em declarações com força probatória plena.

Em que pese a necessidade da prova corroborativa, cabe aqui registrar, por derradeiro, a advertência de Amodio no sentido de que uma “brutal *cross examination*” é o mais seguro antídoto contra os desvios da prova insidiosa decorrente das declarações do colaborador da justiça.¹¹⁴⁵

6.6.4 Valoração judicial da colaboração probatória e pena

O juiz, quando da prolação da sentença, deverá realizar dupla valoração de cada fato delatado na colaboração premiada em face ao aspecto subjetivo: a) em relação ao imputado-delatado, deverá reconhecer, fundado nos elementos de corroboração, se o fato delatado gera a certeza acima de qualquer dúvida razoável de que o delatado cometeu o crime a ele imputado, tal como ocorre com qualquer infração penal; b) em relação ao colaborador, deverá reconhecer, além da existência de prova sobre sua responsabilidade penal, a “colaboração efetiva” do fato delatado, que traduz categoria específica do instituto da colaboração premiada.

Esta valoração sobre a responsabilidade penal tanto do colaborador quanto do delatado deve, por democrática opção política decorrente do sistema garantista fundado na prevalência dos direitos humanos, seguir o *standard probatório* da prova *beyond a reasonable doubt* pelo qual após a análise de toda a produção probatória, o juiz conclui pela elevadíssima probabilidade de ser o imputado responsável penalmente pelos fatos criminosos a ele increpados.

Tendo em vista que o imputado-delatado submete-se à avaliação comum do contexto probatório, acrescido da exigência da corroboração das declarações do delator, conforme já mencionado nos itens anteriores, interessa-nos aqui a valoração probatória acerca do colaborador.

Como já salientado neste trabalho, a mera celebração do acordo de colaboração premiada não é suficiente para fundamentar uma condenação judicial, pois este não constitui em si mesmo prova; impõe-se que seja produzida prova a partir deste acordo da

¹¹⁴⁵ AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 244.

qual se conclua sua responsabilidade penal. De fato, a simples colaboração premiada não autoriza que o colaborador seja condenado tão-somente porque colaborou com a Justiça, pois as regras constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência continuam a protegê-lo, e, assim, o Estado ainda mantém o ônus de provar a responsabilidade penal do colaborador, posto ser ainda um imputado; deverá, assim, ser produzida prova suficiente da prática criminosa por ele, distanciando neste aspecto do sistema italiano dos procedimentos abreviados.¹¹⁴⁶

O juiz, portanto, deverá inicialmente analisar a responsabilidade penal do colaborador e verificar se está caracterizada nos autos prova além de qualquer dúvida razoável da materialidade e autoria do crime; é possível, assim, que colaborador coopere com a persecução penal e seja absolvido por falta de provas, embora tal circunstância seja de difícil constatação empírica, dado que, em regra, haverá a confissão do colaborador.

Estabelecida a responsabilidade penal do colaborador, o juiz deve passar a analisar a efetividade da colaboração prestada pelo colaborador no tocante ao fato delatado; caso reconhecida a efetividade, o juiz deverá avaliar a influência da colaboração premiada na dosagem da pena.

Portanto, são três as fases de julgamento sucessivas e subordinadas para que o prêmio seja adjudicado ao colaborador: a) a fase de julgamento da responsabilidade penal do colaborador; b) a fase do julgamento da efetividade da contribuição probatória do colaborador; c) a fase de julgamento sobre os prêmios legais e sua dosagem.

Na primeira fase do julgamento, desponta a confissão do colaborador como principal elemento probatório.

Em regra, a prova da responsabilidade penal decorrerá da confissão judicial do colaborador na prática de alguns dos delitos apurados, desde que não infirmada pelo conjunto probatório, seguindo a orientação legislativa do art. 197 do Código de Processo Penal. No entanto, quando não existir a confissão do colaborador, ou quando for exigida a prova corroborativa como no caso da retratação da proposta, impõe-se que existam

¹¹⁴⁶ A Corte de Cassação reconheceu que o acordo no procedimento negocial afasta do Ministério Público o ônus da acusação, decorrendo do acordo a responsabilidade penal do acusado, embora com algumas exceções: “[...] *che l'accordo intervenuto esonera l'accusa dall'onere della prova e comporta che la sentenza che recepisce l'accordo fra le parti sia da considerare sufficientemente motivata con una sucinta descrizione del fatto (deducibile dal capo d'imputazione), con l'affermazione della correttezza della qualificazione giuridica di esso, con il richiamo all'articolo 129 C.P.P. per escludere la ricorrenza di alcuna delle ipotesi ivi previste, con la verifica della congruità della pena patteggiata ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 Cost.* (Sez. IV .34494, 17 ottobre 2006).” (ITALIA. Suprema Corte de Cassação. Sez. 7 num. 36864/2012. Julgado em 8 jun. 2012. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20120927/snpen@s70@a2012@n36864@tO.clean.pdf>. Acesso em 12 out. 2016)

elementos extrínsecos à declaração do colaborador para autorizar sua condenação. Além disso, também será necessária a corroboração quando a confissão do colaborador ocorrer apenas na fase pré-processual, ou seja, retratada em juízo, por força do art. 155 do Código de Processo Penal, que instituiu de forma implícita a necessidade da corroboração por elementos probatórios produzidos em juízo relativo às fontes pessoais de prova angariadas na fase pré-processual.¹¹⁴⁷

Além disso, como já apontamos no trabalho, antes do acordo de colaboração premiada existirá uma vigorosa investigação dos fatos, até para que se tenha elementos probatórios suficientes para estimular o então imputado a colaborar com a justiça. Assim, raramente ocorrerá da confissão do colaborador ser o único elemento de prova da responsabilidade penal deste.

Vale atentar para a regra de corroboração inserida pelo legislador na hipótese em que, ainda na fase de negociação do acordo de colaboração, o imputado retratar-se da proposta, ou seja, manifestar seu desejo de não celebrar formalmente o acordo. Nesta hipótese, estabelece a lei que “as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”¹¹⁴⁸

Ou de outro modo: a lei assinala que as provas autoincriminatórias por ele produzidas poderão ser utilizadas em seu desfavor, embora não possam de per si autorizar sua condenação, exigindo, assim, que estas provas estejam amparadas em elementos corroboradores extrínsecos, que podem, inclusive, ter sido descoberto a partir destas provas autoincriminatórias. Assim, esta disposição legal configura-se como uma das regras de corroboração instituídas pela lei, que, embora não alcance a produção probatória relativa ao delatado, possui repercussão na valoração dos fatos sobre a responsabilidade penal do colaborador.

Em relação à segunda fase do julgamento, já constatada a responsabilidade penal do colaborador pelo fato a ele imputado, passa-se a analisar a efetividade da colaboração prestada.

A efetividade da cooperação do imputado é exigência do art. 4º, caput, da Lei 12.850/13. Por sua vez, a efetividade é determinada pelo legislador por meio dos resultados dos fatos delatados já previamente definidos pelo comando legal e descritos nos

¹¹⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 419

¹¹⁴⁸ Art. 4º, § 10, da Lei 12.850/13.

incisos I a V, do mencionado art. 4º, que configurarão a “colaboração efetiva”, que gera o direito aos prêmios legais.

Antes de analisarmos cada resultado probatório, é de se reconhecer que não basta o alcance dos resultados probatórios pela investigação para a configuração da colaboração efetiva do colaborador.

De fato, a valoração das declarações do colaborador, quando da prolação da sentença, está condicionada à análise de três requisitos cumulativos: a) material, que é relativo à veracidade da informação, isto é, se a informação do fato delatado trazida pelo colaborador era verdadeira; b) finalístico, que se refere ao resultado probatório, isto é, se o resultado da informação proposta pelo colaborador atingiu a uma das finalidades legais mencionadas no art. 4º, I a V, da lei em estudo; c) racional-lógico, que corresponde ao reconhecimento de que a informação verdadeira trazida pelo colaborador inseriu-se na ordem sequencial das investigações que culminaram com o resultado probatório previsto em lei.

Não vislumbrando a presença de qualquer destes aspectos, o juiz deverá afastar o reconhecimento da colaboração efetiva, deixando de atribuir os prêmios legais ao colaborador.

No tocante ao aspecto material, as declarações do colaborador devem ser totalmente verdadeiras, sob pena de perda dos prêmios legais, na medida em que não se pode admitir a adjudicação de prêmio ao que tentou deliberadamente frustrar a persecução penal. Mesmo a falsidade parcial das declarações do colaborador gera a perda dos prêmios, pois a verdade destas é pressuposto legitimador da renúncia parcial ou total do *ius puniendi* estatal. Assim, ainda que o juiz possa considerar para condenar o delatado a parte verdadeira do depoimento do colaborador, mesmo assim o colaborador por ter frustrado seu dever de lealdade ao acordo firmado perderá o acesso aos prêmios legais.

Sob o aspecto racional-lógico, a contribuição probatória trazida pelo colaborador, embora necessite estar relacionada a alguma das hipóteses legais, não precisa gerar, de per si, o resultado total previsto nos incisos acima mencionados para que exista o direito ao prêmio legal, mas deve integrar a cadeia lógico-sequencial da investigação que gerou o resultado probatório.

Em verdade, a lei exige que as declarações do colaborador contribuam para que a persecução penal atinja um ou mais dos resultados dos fatos delatados previstos em lei. Disso decorre a necessidade do ineditismo da contribuição probatória, pois apenas esta inovação no contexto probatório é que gera a colaboração eficaz. Assim, a contribuição

probatória do colaborador deve veicular fatos desconhecidos das autoridades da persecução penal, pois não há contribuição probatória em informar o que já é sabido; nem em informar o que é irrelevante,¹¹⁴⁹ ou seja, deve inovar o quadro probatório até então existente de forma relevante. Estas informações trazidas devem, ainda, ser verificáveis, isto é, devem ser passíveis de corroboração por outros elementos probatórios, na medida em que sem estes não terão nenhuma utilidade processual, dada à exigência da regra de corroboração.

Portanto, se um colaborador traz uma informação que gera, após a complementação por outras diligências, algum dos resultados acima mencionados, tem-se que sua colaboração foi efetiva, pois sua contribuição estava na cadeia lógica-sequencial da diligência posterior, estando o resultado previsto em lei condicionado pelo antecedente da cooperação do colaborador. Diversamente, se a informação nova trazida pelo colaborador não contribuir com algum dos resultados previstos em lei, ou não for verificável, não fará jus aos prêmios legais, pela ausência de eficácia da sua contribuição.

Podemos concluir que a exigência legal acerca dos resultados probatórios da colaboração premiada determina que a obrigação do colaborador é uma obrigação de resultado e não meramente de meio, ou seja, somente receberá sua prestação – prêmio legal – com a consecução de um dos resultados previstos em lei, embora dependa da atuação dos órgãos de persecução penal para que os resultados sejam produzidos após ter apresentados elementos objetivamente idôneos aos fins pretendidos.

A eventual negligência ou imperícia dos órgãos de persecução penal não pode prejudicar o colaborador, e, assim, caso estes não se disponham de forma diligente na apuração dos fatos informados pelo colaborador este poderá buscar a adjudicação dos prêmios previstos no acordo como resposta à ineficiente inércia estatal a qual não deu causa.

Considerando-se que a lei exige que o acordo de colaboração premiada contenha necessariamente o relato da colaboração, a efetividade da colaboração premiada deverá ser valorada em relação aos objetivos inicialmente contidos neste relato. Desta forma, a contribuição probatória do colaborador será aquela prevista no relato da colaboração,

¹¹⁴⁹ Carlo Riva traz alguns exemplos de informações que não geram, à luz da legislação contra o crime organizado italiana, a colaboração eficaz: informar fatos que não podem ser comprovados por outros elementos de prova; informar fatos que apenas reforçam o já conhecido pelas autoridades públicas; indicação de integrantes da organização criminosa que possuíam mero papel secundário na organização criminosa (RIVA, Carlo Ruga. *I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei*. In MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letzia; ARNOLD, Jörg (a cura di). *Il Crime organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*. Freiburg: Giuffrè Editore, 2000, p. 351).

quando da celebração do acordo, e sobre esta contribuição deverá ser analisada se integrou a cadeia lógica de investigações que resultou em algum dos objetivos previstos em lei. Caso isto ocorra, ainda que a informação tenha sido secundária e não tão relevante, deve mesmo assim ser considerada como eficaz a contribuição do colaborador, fazendo ele jus aos prêmios legais.

Desta maneira, desde que o relato do colaborador contribua, de qualquer modo, em maior ou menor grau, mas de forma a inovar o contexto probatório então existente, para a consecução de algum dos resultados acima mencionados, a colaboração será efetiva, e deve ele ser recompensado com o prêmio legal. Contudo, a dosagem do prêmio levará em conta a eficácia desta contribuição.

Quanto ao aspecto finalístico, a contribuição do colaborador deve gerar um dos resultados previstos em lei, razão pela qual serão analisadas brevemente suas modalidades,

A primeira hipótese constitui a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas.

A lei exige que seja delatado de forma cumulativa a identificação de outros integrantes da organização criminosa e as infrações penais cometidas por estes integrantes. Pode-se concluir, pois, que não constitui a colaboração efetiva para os fins legais, apenas a indicação do nome do integrante da organização, mas deve ser indicado, ainda, algum crime que ele cometeu por meio da organização criminosa, sob pena de rejeição da colaboração premiada.

O crime delatado pode ou não estar relacionado à investigação ou ao próprio objeto do processo em que prestada a colaboração, ou, ainda, pode ou não possuir pena mínima de 4 anos de privação de liberdade, pois a lei assim não distinguiu, não cabendo ao intérprete distinguir o que a lei não distingue, como é princípio clássico da hermenêutica jurídica.

Todavia, pela forma em que descrita a hipótese legal, a identificação dos coautores e partícipes está limitada à mesma organização criminosa da qual o colaborador fazia parte, pois a locução “dos demais coautores e partícipes da organização criminosa” indica a necessidade de que o agente colaborador tenha integrado a mesma organização criminosa, afastando-se, neste tocante, o risco de vingança do colaborador contra membros de outra organização criminosa, embora ainda exista o risco de que em relação às demais hipóteses de colaboração isso possa ocorrer.

No mesmo sentido em relação às hipóteses do art. 4, II, III, e IV, pois a forma de designação nominal com artigo definido “pela organização” e “da organização” constante

destes incisos indica pela análise exegética gramatical que o legislador está se referindo à mesma organização da qual o acusado faz parte. Já em relação à hipótese do inciso V, não será necessário que os fatos digam respeito à mesma organização criminosa da qual o colaborador fazia parte, pois não houve restrição da lei neste sentido, seja implícita ou explícita.

A segunda hipótese diz respeito à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa investigada. Esta hipótese é a que, a nosso juízo, representa a maior contribuição probatória trazida pelo instituto da colaboração premiada, pois tanto o esclarecimento da estrutura hierárquica da organização e a divisão de tarefas dos integrantes da organização quase sempre somente podem ser identificados de forma correta com a indicação interna de um dos integrantes da organização, o que hoje é viabilizado pelo instituto da colaboração premiada.

Como já assentado neste trabalho,¹¹⁵⁰ os colaboradores devem ser escolhidos pelo Ministério Público preferencialmente entre aqueles que ocupem o baixo e médio escalão na estrutura hierárquica da organização criminosa, visando trazer informações justamente sobre a liderança da organização, que, em regra, deixa pouquíssimos vestígios de sua atuação na organização, visando assegurar sua impunidade.

Outra hipótese diz respeito à prevenção de infrações penais decorrentes da organização criminosa. Temos que esta hipótese também representa um resultado probatório, mas sem estar ligada de forma direta e específica à apuração de um fato histórico criminoso e determinado no tempo. Isto porque o resultado probatório pretendido pelo legislador está voltado ao futuro e não ao passado, assemelhando-se ao objeto da própria pena criminal, que possui o escopo de prevenir de forma geral e específica a prática de novos delitos, ou, ainda, da tutela processual cautelar, visando obstar a reiteração de crimes, como é o caso da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. De qualquer forma, a colaboração em questão terá algum reflexo indireto sobre as investigações, contribuindo para a persecução penal da organização criminal, mas de uma forma mais tênue.

Um exemplo: o colaborador que conhece o *modus operandi* técnico de uma organização criminosa que comete fraudes bancárias por meio da rede internacional de computadores delata ao Estado apenas este *modus operandi*, permitindo, assim, prevenir e impedir a reiteração da prática criminosa por parte da organização por meio de avisos às

¹¹⁵⁰ Item 5.3 supra.

instituições financeiras, mas sem colaborar diretamente sobre a apuração de um fato histórico anteriormente definido. Haverá uma colaboração eficaz do colaborador, com alguma contribuição probatória para a apuração dos fatos passados, mas de forma muito tênue e indireta, diverso do que ocorre com as demais hipóteses de colaboração, na qual há uma ligação direta entre a colaboração e os crimes ocorridos.

Cumprе salientar que o legislador se aproximou do comando do art. 26 da Convenção de Palermo em relação também à esta hipótese.¹¹⁵¹

Outra hipótese é a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa. Registre-se que o produto do crime é o resultado imediato da ação criminosa, enquanto o proveito do crime é o produto indireto do delito, decorrendo este da transformação, substituição ou utilização econômica do produto direto do crime.¹¹⁵²

Sob a premissa de que as organizações criminosas se constituem em “empresas do crime” que visam ao lucro ilícito, o legislador aqui estimula a persecução penal das organizações criminosas a buscarem o “estrangulamento financeiro” das mesmas, por meio de sequestro e bloqueios de da organização e de seus membros. Assim, o legislador fixa a contribuição probatória do colaborador de forma a direcionar a ação do Estado nesta diretriz traçada pela lei, conferindo aos órgãos de persecução instrumentos jurídicos idôneos a esta finalidade, como a quebra de sigilo e bloqueio de valores bancários.

Entendemos, ainda, que, embora a lei seja omissa neste sentido, deverá o Ministério Público, em regra, impor como uma das condições para o acordo de colaboração a devolução dos valores recebidos ilicitamente pelo colaborador, pois este é justamente um dos desideratos do legislador.

A última hipótese consistente na localização de eventual vítima, desde que com sua integridade física preservada. A hipótese decorre do extremo repúdio que causa à sociedade de forma geral a restrição à liberdade de uma pessoa por meio de cárcere privado ou sequestro, além dos presumidos danos psíquicos causados à vítima com a simples privação de liberdade, sem contar outras circunstâncias que podem configurar traumas psicológicos permanentes para a vítima e sua família.

¹¹⁵¹ O art. 26 da Convenção dispõe que: “ [...] as informações devem ser úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: [...] III) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar”.

¹¹⁵² GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 246.

A lei exige que a colaboração resulte na localização da vítima com vida, bem como que esta mantenha sua integridade física preservada, de forma a tornar mais rigorosa a aplicação do prêmio legal, presumindo que o colaborador tenha algum grau de responsabilidade pelo reprovável delito, ainda que isto não seja necessariamente verdade. De qualquer forma, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, não se pode afastar a aplicação do prêmio legal se a vítima possuir pequenas escoriações ou pequenas lesões corporais, na medida em que a violência física é marca própria dos delitos que envolvem a restrição da liberdade com cativo da vítima, sob pena de inviabilizar esta hipótese legal. No entanto, caso a vítima possua lesões corporais graves ou gravíssimas, na dicção do Código Penal,¹¹⁵³ o prêmio legal deve ser afastado, ainda que não tenha o colaborador concorrido para tal ação.

Preenchidos os requisitos material, finalístico e lógico, a contribuição probatória do colaborador da justiça deve ser reconhecida como eficaz, gerando o direito à adjudicação dos prêmios legais.

Note-se que a condenação do delatado não é elemento indispensável para que seja valorada como efetiva a colaboração prestada, porquanto a lei assim não exige, e, ademais, a condenação criminal exige para sua configuração muitos outros requisitos além da questão probatória, podendo ser citados, por exemplo, as causas de afastamento da antijuridicidade, culpabilidade ou imputabilidade, prescrição/decadências, dentre outros.

Neste passo, é oportuno observar uma consequência do sistema instituído pela Lei 12.850/13: a necessidade de que as declarações do colaborador sejam verdadeiras e verificáveis (isto é, corroboradas) e que tenham nexos causal com o resultado probatório, indica o liame existente entre a colaboração efetiva e os elementos de corroboração.

De fato, a colaboração somente será efetiva se comprovados os elementos de corroboração das declarações do colaborador; caso contrário, inexistentes os elementos de corroboração, deve ser afastada a efetividade da colaboração. Desta maneira, os elementos de corroboração assumem, além de garantir a legitimidade para a punição do delatado, a função de autorizar a concessão dos prêmios legais ao colaborador.

Verificada a eficácia da colaboração premiada, passa-se então à **terceira fase do julgamento** do colaborador, que consistirá na dosagem da sua pena e do seu prêmio.

Pela necessidade de se observar o princípio constitucional da individualização da pena, a valoração da efetividade da colaboração prestada deve seguir uma relação

¹¹⁵³ Art. 129 do Código Penal.

diretamente proporcional com a pena; é dizer: quanto mais relevante a contribuição, maior deverá ser o prêmio legal concretizado pelo juiz, conforme os limites do acordo de colaboração, quando variáveis.

Uma premissa objetiva desta relação diretamente proporcional é que a efetividade máxima da colaboração deve ser entendida em função do resultado legal previstos no art. 4º, I a V, da lei em estudo. Ou seja, quanto mais próxima estiver a informação dada pelo colaborador do resultado probatório previsto na lei, maior será sua eficácia, o que imporá maior prêmio legal. Se o colaborador ao prestar suas declarações após a homologação do acordo apresentar aos órgãos da persecução penal documento comprobatório da identificação do coautor de um dos crimes da organização criminosa e de uma infração penal por este cometida, documento este que corrobora por si mesmo as declarações do colaborador, fará este jus ao máximo dos prêmios previstos no acordo, pois o *iter* entre a contribuição probatória do colaborador e o resultado previsto em lei é mínimo. Já ao contrário, se o *iter* entre a informação do colaborador e o resultado legal for expressivo, dependendo de muitas outras diligências para sua corroboração, a colaboração embora efetiva, gerará menor prêmio ao colaborador.

O acordo homologado deve inicialmente prever os prêmios legais que poderá fazer jus o colaborador, havendo possibilidade de que os prêmios contenham elementos variáveis e invariáveis. Em relação aos primeiros, estes são configurados quando o acordo não determina um limite fixo do prêmio, mas apenas um lapso variável de quantidade a ser definido judicialmente, podendo ser citado o exemplo do oferecimento de redução da pena de 1/2 a 2/3; nesta hipótese, caberá ao magistrado atribuir juízo de valor às circunstâncias mencionadas no art. 4º, § 1º, da lei em estudo, dosando, então a pena. Já em relação aos prêmios invariáveis, que são pré-determinados em sua qualidade e quantidade, não caberá qualquer dosagem da pena, cabendo ao juiz apenas adjudicar o prêmio ao colaborador.

A negação dos fatos delatados pelo colaborador em qualquer depoimento prestado após a homologação do acordo gera a perda do prêmio legal pelo descumprimento de seu dever decorrente do acordo de colaborar com a persecução penal.

A retratação injustificada das declarações prestadas inicialmente em depoimento posterior conduz ao reconhecimento que o colaborador parou de colaborar com a persecução penal, violando seus deveres e perdendo o direito aos prêmios legais, ainda que das declarações anteriores possa ser gerado um dos resultados previstos no art. 4º, I a V, da lei em estudo.

Note-se que o parâmetro jurídico desta constatação é a homologação do acordo. Assim, tendo em um primeiro depoimento na fase pré-processual, antes da homologação do acordo, negado o futuro colaborador o conhecimento de qualquer fato criminoso e após a homologação do acordo, passar a descrever fatos delatados, não deverá ser valorado negativamente este primeiro depoimento, pois o imputado utilizou-se apenas da faculdade constitucional de não cooperar, não podendo ser penalizado quando da valoração de sua contribuição probatória. No entanto, após a homologação do acordo, o colaborador que não for constante e harmônico em suas declarações, poderá perder os benefícios legais.

Nesta fase do julgamento, outro parâmetro de julgamento é previsto no art. 4, § 1º, da lei em estudo: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.”.

A lei previu circunstâncias objetivas e subjetivas que devem ser avaliadas, inicialmente, pelo Ministério Público quando do oferecimento do acordo com o colaborador, e, posteriormente, pelo magistrado quando da prolação de sentença.¹¹⁵⁴

A avaliação feita pelo Ministério Público, tal como já discutimos, insere-se em sua discricionariedade regrada na avaliação da contribuição que o colaborador poderá trazer para a persecução penal, podendo neste primeiro momento tais circunstâncias impedirem a concessão do benefício, caso na avaliação do *Parquet* não seja conveniente e oportuna a proposta do acordo para os interesses da persecução penal.

Já na fase de sentença, estas circunstâncias não impedirão a concessão dos prêmios legais, mas apenas servirão ao juiz como parâmetros para dosar a pena.

Incidindo sobre os prêmios com natureza variável, as circunstâncias trazidas pelo mencionado dispositivo legal correspondem a grosso modo com as diretrizes trazidas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal¹¹⁵⁵ para a dosagem da pena criminal, inovando apenas ao eleger a eficácia da colaboração como circunstância objetiva definidora da aplicação do prêmio legal, o que já foi acima analisado.

Entendemos que as demais circunstâncias (objetivas e subjetivas) em nada contribuem para a dosagem do prêmio legal no regime da colaboração premiada. Isto

¹¹⁵⁴ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015, p. 248.

¹¹⁵⁵ Art. 59 do Código Penal: “59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

porque o colaborador será, em regra, alguém que tem vida pregressa voltada para a prática de crimes, possuindo, assim, uma personalidade desajustada socialmente, o que compromete qualquer avaliação benéfica à sua personalidade e conduta social anterior (circunstâncias subjetivas). Por outro lado, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso, em regra, também serão muito desfavoráveis ao colaborador, pois ao integrar uma organização criminosa concorreu de algum modo para a prática de crimes graves e muitas vezes violentos (circunstâncias objetivas).

Desta maneira, apenas a eficácia da colaboração é parâmetro idôneo a individualizar a pena no tocante ao prêmio legal, pois as demais circunstâncias em nada contribuem para uma melhor individualização do prêmio.

Assente-se, ainda, que por envolver análise minuciosa de fatos, não é possível na cognição sumária do *habeas corpus* a análise da existência da colaboração efetiva ou não do colaborador.¹¹⁵⁶

Enfim, cabe ao juiz quando da adjudicação do prêmio dar concretude aos prêmios previstos no acordo de colaboração premiada, sem poder negá-los, mas devendo dosá-los, quando variáveis, de forma a cumprir o comando constitucional da individualização da pena.

¹¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.221/SP. Rel. Min. Teori Zavaski. Julgado em 25 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9342919>>. Acesso em 20 out. 2016.

7 CONCLUSÃO

Do estudo desenvolvido sobre a colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13 podemos apresentar algumas conclusões:

1. A colaboração premiada ostenta raízes remotas, desenvolvendo-se no direito romano, com especial ênfase na persecução penal dos crimes de lesa-majestade, com pagamento de prêmios a quem houvesse dissociado-se da atividade criminosa e colaborado para a punição do delito, tendo no direito canônico medieval constituído importante instrumento a viabilizar a punição de hereges pelos Tribunais do Santo Ofício, sendo acompanhada de tortura e outras práticas atentatórias aos direitos humanos. Esta origem e desenvolvimento associado à tortura e ao sistema inquisitório influencia até aos dias atuais a visão pejorativa da doutrina jurídica em geral sobre o instituto da colaboração premiada.

2. As Ordenações Filipinas, de origem espanhola, contemplavam a delação premiada em crimes de lesa-majestade, atribuindo o perdão a aqueles que revelassem a conduta criminosa ainda não descoberta, sendo a primeira legislação a regular em território nacional a colaboração premiada. As disposições acerca da colaboração premiada vigoram no país até a promulgação do Código de Processo Criminal do Império em 1832. E assim, ao contrário de ser uma novidade, o instituto da colaboração premiada foi aplicado no país por séculos.

3. Com o iluminismo, a colaboração premiada foi perdendo vigor por ser demasiadamente vinculada ao sistema inquisitorial puro, contra a qual a reação iluminista insurgiu-se. No entanto, o instituto manteve sua relevância no sistema da *common law*, ao contrário do sistema jurídico europeu-continental em face à consolidação do sistema da *plea bargaining* ligado à justiça consensual. Houve o revigoramento da colaboração premiada no sistema europeu continental em meados do século XX em face à superveniência do crime organizado e do terrorismo, fenômenos estes que foram combatidos com o que se denomina de legislação de emergência, mormente na Itália e Espanha.

4. A colaboração premiada não teve aplicação no período de 1832 até 1990 com a superveniência da Lei dos Crimes Hediondos, que passou a prever a primeira forma de colaboração premiada moderna em relação ao crime do art. 159 do Código Penal. Dentre outros diplomas legais posteriores, merece destaque a Lei 9.807/99, que pretendeu regular de forma genérica a colaboração premiada, mas não logrou sucesso neste mister dada à sua restritiva incidência. A evolução legislativa sobre o tema culminou com a edição da Lei

12.850/13, que consagrou a colaboração premiada no país ao prevê-la como instrumento de persecução penal do crime organizado e do terrorismo, além de buscar sistematizar o institut.

5. O conceito de colaboração processual circuncreve-se a um requisito subjetivo e objetivo: exige-se do imputado uma conduta específica diferenciada e contrária àquela esperada normalmente deste sujeito processual, podendo ser conceituada como a conduta do imputado que coopera de forma eficaz com as autoridades responsáveis pela persecução penal visando à elucidação do delito. O prêmio não é imprescindível à colaboração processual.

6. A colaboração processual é gênero do qual fazem parte as espécies: a) delação de terceiro; b) chamamento de corréu; c) colaboração premiada, subdividindo-se esta em: a) confissão; b) colaboração premiada genérica; c) colaboração premiada especial. A colaboração premiada genérica é aquela prevista na Lei 9.807/99, que teria, em tese, cabimento a qualquer crime. No entanto, possui pouca aplicação na prática forense dada aos restritos termos de sua aplicação. A colaboração premiada especial é aquela restrita apenas a alguns delitos em que expressamente prevista, estando disposta em diplomas legais esparsos.

7. A colaboração processual premiada, ou colaboração premiada, insere-se no direito premial, que encontra resistência no direito penal e processual penal, dado à lógica vigente do princípio da legalidade estrita, que se contrapõe à necessidade de discricionariedade atribuída ao Ministério Público, implicando, em algumas oportunidades, no afastamento da pena a quem praticou o delito.

8. Não é válida a equiparação crítica entre o emprego da colaboração premiada com o emprego da tortura, pois, além da colaboração premiada prescindir da confissão do agente, esta é baseada justamente na voluntariedade do imputado, enquanto aquela, ao contrário, afastava qualquer voluntariedade do agente. Em verdade, o direito premial traz a mudança do paradigma sancionatório do direito penal, passando a estimular comportamentos desejados pelo bem comum.

9. Dada à previsão da colaboração premiada em muitas leis esparsas, iniciando-se de forma contemporânea a partir de 1990, bem como pela tentativa do legislador de expandir sua aplicação para todos os crimes por meio da Lei n. 9.807/99, o instituto deve ser reconhecido no país como instrumento processual normal de persecução penal de delitos plurissubjetivos, afastando-se do fenômeno de “legislação de emergência”, ao contrário do

que ocorre na Itália, na qual o instituto foi concebido de forma a responder a graves delitos de terrorismo ocorridos nos anos 1960 e 1970.

10. Como forma de resguardo da intimidade do imputado, e visando afastar-se do totalitarismo, o sincero arrependimento sentimental e interior do colaborador é irrelevante para a configuração da colaboração processual.

11. A designação de colaboração premiada pela Lei 12.850/13 contribui para a mudança do paradigma preconceituoso contra o instituto quando comparada com a anterior denominação dada pela doutrina de “delação premiada”.

12. A colaboração premiada é o instituto de direito processual penal que atribui prêmio concernente à pena ou a benefícios processuais ao comportamento do imputado que coopera de forma eficaz para com as autoridades responsáveis pela persecução penal na elucidação do crime, na interrupção da prática delitiva ou no afastamento de algumas das consequências do delito.

13. A colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13 possui uma natureza dúplice em razão do referencial subjetivo adotado, assumindo a natureza de meio de defesa em relação ao colaborador e meio de obtenção de prova em relação ao delatado. Como meio de defesa a colaboração premiada introduziu uma maior amplitude da reação à imputação criminal ao autorizar a negociação de prêmios legais com as autoridades da persecução penal em contraprestação à colaboração. Embora a colaboração premiada pudesse ser considerada meio de prova, tal como ocorre na Itália, a conceituação do instituto como meio de obtenção de prova dada pelo legislador deve ser aceita como tecnicamente adequada.

14. A estrutura jurídica da colaboração premiada segue o padrão do arrependimento jurídico: um comportamento inicial criminoso, seguido de um comportamento colaborativo com a posterior expectativa do prêmio legal. A colaboração premiada da lei em estudo é integrada por elementos essenciais (acordo de partes, colaboração formalizada em depoimento e prêmio) e acidentais (confissão e delação)

15. A introdução da regra do afastamento do direito ao silêncio em relação ao colaborador da justiça e a previsão de crime próprio do colaborador afastam de forma significativa a objeção doutrinária quanto ao colaborador ser considerado uma testemunha em relação a fatos de terceiros, aproximando-se do conceito da doutrina de que na parte da delação, o colaborador atua como testemunha.

16. Não obstante a criticável lacuna legal, os crimes conexos aos crimes expressamente previstos na Lei 12.850/13 estão abrangidos por este diploma legal, em face

aos princípios hermenêuticos aplicáveis à espécie, e, assim, a colaboração premiada prevista nesta pode ser legitimamente utilizada para a persecução penal também daqueles crimes.

17. Os prêmios legais previstos na Lei 12.850/13, porquanto mais amplos e benéficos ao imputado, aplicam-se aos crimes conexos tanto para aqueles nos quais não há previsão legal de prêmios específicos, quanto para aqueles para os quais há prêmios legais específicos.

18. A Lei 12.850/13 não revogou os prêmios legais previstos nas leis esparsas, que continuam a regular em relação ao âmbito de incidência destas normas a colaboração premiada, salvo quando houver conexão com os crimes previstos na Lei 12.850/13. Em relação aos crimes não abrangidos pela Lei 12.850/13, e que possuam previsão específica da prêmios legais, este diploma legal regula apenas o regime jurídico da colaboração premiada e o procedimento probatório, suprindo a lacuna outrora existente no ordenamento jurídico, com exceção dos prêmios legais e das hipóteses de colaboração eficaz, que continuam regidas por cada uma das normas especiais.

19. A colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13 é norma processual de conteúdo material, pois prevê diretamente abrandamento da punição do imputado, sendo aplicável ao crime de organização criminosa praticado antes da entrada em vigor desta lei, desde que a permanência do delito tenha prosseguido até o início da vigência da lei. A colaboração premiada da Lei 12.850/13 pode retroagir aos processos findos que tenham perseguido organizações criminosas, sob a égide da Lei 9.034/95.

20. O procedimento probatório da colaboração premiada instituído pela Lei 12.850/13 não inova negativamente na esfera jurídica do delatado, e, assim, poderá ser usado em processos penais pendentes, com a ressalva de que este emprego tem o termo final com a finalização da instrução em primeiro grau de jurisdição.

21. Os modelos de colaboração premiada podem ser classificados em negociais, premiais ou mistos, situando-se o modelo brasileiro instituído pela Lei 12.850/13 como modelo misto, por mesclar características de ambos os modelos anteriores.

22. A colaboração premiada da Lei 12.850/13 é influenciada de forma marcante pelo direito internacional decorrente de convenções internacionais, bem como do direito italiano e do direito estadunidense.

23. A constatação de que a colaboração premiada está instituída tanto no direito internacional quanto no direito comparado há décadas resulta no reconhecimento de que

sua melhor regulação pela Lei 12.850/13 afina-se com a tendência mundial de dar maior efetividade à persecução do crime organizado e do terrorismo.

24. Em face à sua aplicação nos países que foram o berço dos mais relevantes princípios de direitos humanos, o instituto da colaboração premiada deve ser reconhecido como necessário, eficaz e, além de tudo, legítimo em face do direito internacional e do direito comparado, afastando-se do estigma do instituto ligado à sua origem inquisitorial que no passado fomentou práticas reprováveis e violadora dos direitos humanos.

25. A colaboração premiada ostenta valor ético ao contribuir com o imperativo ético do Estado em perseguir e punir condutas antiéticas e criminosas gravemente danosas à sociedade, em especial, aquela decorrente do crime organizado e do terrorismo. Como a ética está impregnada da idéia de se fazer o bem, não há ética no mal, razão pela qual não se pode sustentar legitimamente que a colaboração premiada seria antiética por levar o colaborador a trair seus comparsas. O estímulo para que o criminoso volte à legalidade contempla hipótese ética voltada para a realidade social, reafirmando valores essenciais para a vida social.

26. A colaboração premiada deve ser entendida como uma opção política do legislador em prol do bem comum, dada à ameaça trazida pela criminalidade organizada e terrorismo, opção esta amparada pela ética, estando legitimada como instrumento processual pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

27. A colaboração premiada insere-se na necessidade de se atribuir ao Estado instrumentos processuais para uma eficiente persecução penal, que deve, contudo, ser acompanhada por salvaguardas legais para garantir direitos constitucionais dos imputados.

28. A persecução penal eficiente das organizações criminosas depende da colaboração de integrantes envolvidos em tais organizações, dado ao caráter fragmentário da prova nesta espécie de criminalidade. Além disso, o instituto é eficiente no afastamento da “lei de silêncio” existente entre os membros das organizações criminosas, facilitando a desagregação destas.

29. A colaboração premiada é um meio de obtenção de prova sujeito a riscos de produção de injustiça, tal como a prova testemunhal, riscos, contudo, que são reduzidos pelas salvaguardas legais trazidas pela Lei 12.850/13, concluindo-se por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade que o instituto é adequado e eficiente, configurando-se como um instrumento processual constitucional.

30. A colaboração premiada contribui para afastar o fenômeno do “direito penal do inimigo” ao facilitar a persecução penal das organizações criminosas e os graves crimes

cometidos por ela, contribuindo para afastar as tentações sociais e políticas da implantação de normas atentatórias aos direitos humanos.

31. A colaboração premiada possui um regime jurídico próprio, constituído, além das garantias constitucionais comuns a todo *due process of law*, pela Lei 12.850/13, bem como pelas normas convencionadas no acordo de colaboração premiada. Este regime jurídico é transversal, abrangendo disposições acerca de várias áreas do direito: a) direito penal; b) direito processual penal; c) execução penal; d) direito administrativo. O ingresso do imputado no regime jurídico da colaboração premiada ocorre por meio da homologação do acordo de colaboração premiada, conferindo ao colaborador direitos e deveres para com o Estado, representado pelos órgãos da persecução penal.

32. A cooperação processual do imputado deve ser total, imediata, contínua e harmônica, sob pena de violação de seus deveres de colaboração. Na estrutura jurídica da Lei 12.850/13, o colaborador pode assumir a função de colaborador-imputado ou colaborador-testemunha, o que influencia o exercício da garantia do direito ao silêncio.

33. O regime da colaboração premiada impõe ao colaborador-imputado a renúncia à garantia do *nemo tenetur se detegere*, embora esta seja sempre temporária e possa ser a qualquer tempo afastada por mero ato de vontade do imputado, configurando um direito potestativo que pode ser sempre invocado em seu favor. Em relação ao colaborador-testemunha, não se pode invocar a garantia do *nemo tenetur se detegere*, porquanto ao não ter participado do fato, o colaborador assume a função de apenas testemunha e não imputado. Em relação ao colaborador-imputado, este deve renunciar à garantia, sujeitando-se então à prática de crime em suas declarações.

34. A falsidade deliberada das declarações do colaborador da justiça, que renunciou ao direito ao silêncio, pode gerar sua responsabilidade penal, inovando a Lei 12.850/13 no ordenamento jurídico pátrio.

35. O uso do direito ao silêncio é garantia constitucional, mas, em relação ao colaborador da justiça, embora não possa prejudicá-lo no processo penal, configura infração a dever de colaboração, acarretando-lhe a perda dos prêmios legais. A modificação do âmbito de incidência da garantia do *nemo tenetur se detegere* foi uma das relevantes flexibilizações processuais penais instituídas pela Lei 12.850/13.

36. O regime jurídico da colaboração no país não permite o afastamento do estado de inocência apenas pela justiça consensual, sendo necessária a constituição da culpa do colaborador por meio do *due process of law*. Não viola o princípio da individualização da pena, antes apenas lhe dá concretude, a cominação de pena mais

branda ou com maior benefício ao imputado que colabora com o Estado na persecução penal em detrimento de outros imputados.

37. O regime de sigilo previsto na Lei 12.850/13 é compatível com a Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal e visa resguardar direitos do colaborador em relação à sua identidade, resguardar a intimidade do delatado contra acusações falsas e garantir o êxito da persecução penal. O sigilo das fases de negociação, confirmação e execução da colaboração premiada pode ser oposto aos corréus e seus defensores até o recebimento da denúncia. O levantamento do sigilo ocorre de forma gradual de acordo com o ajuizamento das ações penais, não podendo o delatado ter acesso ao acordo de colaboração quando este mencionar delatados diversos, embora deva ter acesso aos elementos trazidos pelo colaborador em relação à sua pessoa. O sigilo é mantido em relação às diligências pendentes visando dar a eficiência necessária à persecução penal, que de outro modo seria infirmada. No regramento da colaboração premiada o sigilo é de vital importância para que se evite a repercussão na mídia de delações falsas com graves prejuízos para a intimidade dos delatados.

38. O regime jurídico da colaboração premiada instituído pela Lei 12.850/13 traz modificações relevantes na persecução penal no país ao expandir no ordenamento jurídico o sistema de justiça consensual em relação a crimes diversos daqueles de pequeno potencial ofensivo, flexibilizando garantias processuais e inovando no regime probatório. A colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13 contribui para uma expansão da justiça penal consensual no país.

39. A justiça penal consensual possui ampla resistência da doutrina dos países da *civil law* ao argumento de implicar em condenação sem o respeito ao devido processo penal, acentuando distorções decorrentes da desigualdade de armas entre imputados e o Estado. A justiça penal consensual no país foi inaugurada com a Lei 9.099/95 como forma de atender ao reclamo de maior eficiência do sistema de persecução penal e de redução de punição a crimes de menor potencial ofensivo. A Lei 12.850/13 renovou o interesse pela justiça penal consensual, tendo em vista que a colaboração premiada impescinde de um acordo entre o Estado e o colaborador, inserindo-se a colaboração premiada na justiça penal consensual apenas em relação à aplicação de prêmios legais. Esta distingue-se do sistema da Lei 9.099/95, no qual o mero consenso das partes é suficiente para a cominação de uma pena criminal diversa da privativa de liberdade, posto impescindir da efetiva sentença condenatória para a imposição de pena ao colaborador.

40. O acordo de colaboração premiada é pressuposto para a constituição do regime jurídico da colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13, uma vez que esta espécie de colaboração premiada insere-se na lógica negocial e não unicamente na lógica premial, como ocorre com as outras colaborações premiadas específicas. A finalidade teleológica da lei ao exigir o acordo de colaboração premiada é garantir o equilíbrio entre a necessidade de uma persecução penal mais eficaz e a segurança necessária ao imputado-colaborador para que coopere com a persecução penal. Este acordo não constitui um direito público subjetivo do imputado.

41. Os pressupostos legais do acordo de colaboração premiada são: a) regularidade, entendida como pressuposto de existência do ato jurídico; b) legalidade, entendida como pressuposto de validade do ato jurídico. Já os pressupostos de existência estão relacionados à forma, ao objeto, ao agente, ao lugar e ao tempo do negócio jurídico da transação, enquanto os pressupostos de validade estão relacionados aos requisitos dos arts. 4º e 6º da Lei 12.850/13 que permitam a homologação judicial da avença. A homologação judicial é pressuposto de eficácia da transação penal em sede de colaboração premiada da Lei 12.850/13.

42. A espontaneidade não é requisito da colaboração premiada, embora seja imprescindível a voluntariedade do imputado. É de se reconhecer a voluntariedade do imputado no ato colaborativo quando este tiver pleno conhecimento dos termos do acordo, das consequências diretas e sem ser coagido de qualquer forma ou levado a erro.

43. A prisão processual não pode ser utilizada com a finalidade de coagir o imputado a colaborar com a persecução penal, embora exista o risco de que isso possa ocorrer. Embora o imputado possa sofrer influência de sua prisão cautelar para colaborar com a justiça, esta influência atinge apenas a motivação do ato, mas não vicia, por si só, a voluntariedade do ato. Seria discriminação inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia, permitir a colaboração premiada apenas do imputado solto, negando-a ao colaborador preso. Todavia, a colaboração premiada do imputado preso deve ser analisada com cautela, podendo inquiná-la de nulidade a colaboração quando decorrer a prisão de ilegalidade manifesta, ou haver constrangimento moral ao imputado por parte dos agentes do Estado, ou, ainda, a colocação em regime disciplinar diferenciado de forma manifestamente ilegal. É de se notar que a colaboração premiada firmada e homologada judicialmente é incompatível com a manutenção da prisão cautelar do colaborador.

44. Atendendo à sua finalidade garantista, o acordo de colaboração premiada deve indicar as espécies de informações que o colaborador prestará ao Estado, dado ao

reflexo destas para a análise da eficácia da colaboração prestada. O acordo deve prever o termo final das obrigações do colaborador, que deve respeitar ao menos um requisito temporal: a prescrição do crime pelo qual o colaborador foi imputado.

45. O delegado de polícia pode firmar acordo de colaboração premiada, mas é imprescindível a aquiescência do Ministério Público ao acordo, como forma de dar segurança jurídica ao colaborador. A vítima, na qualidade de assistente da acusação, não pode firmar acordo de colaboração premiada, mas se atuar na qualidade de autora da ação penal privada subsidiária da ação penal pública, pode firmar acordo de colaboração premiada; de qualquer forma, este deve ser ratificado pelo Ministério Público para produzir efeitos jurídicos.

46. A colaboração premiada é veiculada por um procedimento incidental ao procedimento principal da persecução penal, que se desenvolve em três fases: a) negociação, que inclui desde as tratativas das partes até a formalização do acordo; b) confirmação, que consiste na homologação judicial do acordo; c) execução, que inclui desde os depoimentos prestados pelo colaborador até à adjudicação dos prêmios legais a este e à avaliação dos elementos probatórios colhidos em decorrência da colaboração. Sob o aspecto temporal, a colaboração pode ser classificada em: a) pré-processual; b) processual; c) pós-processual.

47. A aproximação, ainda que parcial, da colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/13 com o sistema de justiça consensual resulta no fortalecimento do papel institucional do Ministério Público, que passa a ser o *dominus collaboratio*. Este fortalecimento decorre da flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal e da indispensabilidade do acordo de colaboração premiada para a concessão dos prêmios legais ao colaborador da justiça.

48. A colaboração premiada adotou a discricionariedade regrada como princípio fundante da atuação do Ministério Público em relação ao acordo de colaboração premiada, embora o grau de discricionariedade do *Parquet* seja largo em relação à escolha pela celebração ou não do acordo e a concessão dos prêmios legais ao colaborador e um pouco mais restrito em relação à flexibilização da obrigatoriedade da ação penal.

49. O magistrado possui a relevante função de garantir a aplicação dos princípios constitucionais e das disposições legais em relação ao acordo de colaboração premiada, atuando como fiscal da atividade do Ministério Público como forma de contraponto ao elevado poder conferido ao *Parquet*. Ao não permitir que o juiz participe das negociações do acordo de colaboração premiada, a Lei 12.850/13 prestigiou o sistema acusatório,

preservando a imparcialidade do juiz. Ao atuar na homologação do acordo de colaboração premiada, o juiz não fica impedido de julgar a ação penal dela decorrente. Na homologação judicial deve ser analisada, em cognição sumária, a base factual para o acordo de colaboração premiada e a correlação entre os fatos criminosos e sua adequação a uma das hipóteses de colaboração premiada eficaz. A homologação cabe ao juiz presidente do Tribunal do Júri na fase do *iudicium causae*, bem como caberá a este a aplicação do prêmio legal, enquanto caberá ao Conselho de Sentença a análise em quesitação da eficácia da colaboração premiada. Já em caso de conexão de processos, caberá a homologação judicial ao júízo prevalente.

50. A adequação do acordo pelo magistrado quanto da homologação judicial deve ser excepcional e realizada apenas quando houver clara violação à disposição legal ou constitucional. As obrigações impostas no acordo de colaboração premiada devem ser admitidas pela legislação penal e processual, não podendo o *Parquet* impor condições em desacordo com o sistema processual penal pátrio.

51. A efetividade da defesa técnica é a baliza que confirmará ou não a colaboração premiada como exercício de meio de defesa do imputado. O instituto passou a exigir da defesa do colaborador a difícil tarefa de realizar uma avaliação prognóstica dos elementos jurídicos e de fato, a fim de aconselhar adequadamente o imputado sobre a conveniência ou não do acordo de colaboração. Para esta avaliação, a defesa do pretense colaborador deverá ter acesso a todos os elementos probatórios colhidos em relação a ele, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. A exigência da defesa plena e efetiva e a necessidade de proteger a sociedade de falsas delações afasta a possibilidade de que o mesmo advogado seja constituído para patrocinar dois ou mais colaboradores de justiça envolvidos no mesmo processo.

52. Os prêmios legais da colaboração premiada da lei em estudo são previstos em ordem de gradação, sendo o mais amplo o perdão judicial, seguindo-se, em ordem, a redução da pena privativa de liberdade, a sua substituição por pena restritiva de direitos, não oferecimento de denúncia e progressão de regime. Estes são personalíssimos, não podendo ser estendidos a terceiros. O perdão judicial e o não oferecimento de denúncia, que não se confunde com a *immunity* do direito estatudinese, devem ser prêmios excepcionais, sob pena de incentivo à impunidade. A hipótese da concessão do prêmio de não oferecimento de denúncia constitui em uma modalidade de arquivamento atípico, que deve ser utilizada de forma excepcional e com muita cautela, sob pena de estimular a

impunidade. Pela exegese legal, não é possível a cumulatividade da substituição da pena privativa de liberdade e a sua progressão especial.

53. O acordo de colaboração premiada por ser um negócio jurídico bilateral pode ser extinto por causas supervenientes ou rescindido por vícios de origem, ainda ausente previsão legal específica na nova legislação. Não é possível a rescisão do acordo de colaboração premiada já homologado, pois não há relação de sujeição do Ministério Público ou do imputado entre si. A resolução do acordo de colaboração premiada pode decorrer da vontade do colaborador consubstanciada no descumprimento por ele dos deveres assumidos no acordo em decorrência da garantia do *nemo tenetur se detegere*, assumindo, contudo, os ônus do descumprimento da avença. A inexecução das obrigações assumidas pelo Estado no acordo de colaboração premiada gera ao colaborador o direito de provocar o Poder Judiciário para que seja o Estado compelido a cumprir suas obrigações. Como sanção ao Estado por seu descumprimento das cláusulas do acordo de colaboração premiada, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas na persecução penal, bem como as demais provas decorrentes da colaboração premiada.

54. Descabe aos delatados buscar a anulação do acordo firmado entre o colaborador da justiça e o Ministério Público por falta de legitimidade.

55. O acordo de colaboração premiada gera efeitos endoprocessuais e extraprocessuais.

Os efeitos endoprocessuais são concernentes à suspensão do procedimento de persecução penal e aos efeitos relativos à matéria probatória decorrente da colaboração premiada. A adjudicação do prêmio legal ao colaborador é direito público subjetivo deste, condicionado ao cumprimento de suas obrigações assumidas no acordo de colaboração premiada. Para se dar a necessária segurança jurídica ao colaborador de forma a permitir a eficiência e aplicabilidade do instituto, o juiz fica vinculado a conceder os prêmios previstos no acordo de colaboração premiada após o reconhecimento judicial da eficácia da colaboração.

Os efeitos extraprocessuais do acordo de colaboração integram as medidas de proteção ao colaborador e seus familiares, bem como efeitos jurídicos em outros processos decorrentes da conexão e continência, mormente em relação à modificação de competência e aplicação dos prêmios legais.

56. As hipóteses do art. 4º, I a V, da Lei 12.850/13 cumprem dupla função: a) constituem requisitos do acordo de colaboração premiada para o colaborador da justiça ; b)

constituem o objeto de prova delineado em lei para a admissão da colaboração premiada em relação ao delatado.

57. Antes da edição da Lei 12.850/13 a colaboração premiada poderia ser considerada meio de obtenção de prova atípico, pois não havia previsão legal do seu procedimento probatório, tendo a nova lei suprido a lacuna legal, tornando-o meio de obtenção de prova típico.

58. O uso eficiente da colaboração premiada pressupõe uma intensa e vigorosa investigação dos fatos criminosos pelo Estado previamente ao acordo de colaboração premiada. A investigação desenvolvida na fase anterior à celebração do acordo de colaboração está voltada para a credibilidade do pretense colaborador, enquanto aquela desenvolvida após a celebração está voltada para o delatado. A colaboração premiada incentiva uma modificação legal a fim de que a investigação defensiva seja fortalecida e desenvolvida, de forma a garantir a *par conditio* com o Estado.

59. Diversamente dos demais meios de obtenção de prova, a colaboração premiada não tem limitação temporal para ser postulada, embora o marco temporal influencie em seus efeitos.

60. A oitiva do colaborador da justiça pode ser requerida pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, quando se trate de colaborador-testemunha, ou durante a instrução, quando a colaboração seja posterior ao oferecimento da denúncia, cabendo, nesta hipótese a abertura de prazo para que a defesa possa arrolar testemunhas como contraprova à oitiva do colaborador. Na colaboração tardia, isto é, aquela realizada após a prolação da sentença, não será possível a reabertura da instrução criminal, sob pena de violação à ampla defesa.

61. A colaboração premiada exige dois controles de admissibilidade da prova pelo magistrado: a) o primeiro relativo à admissibilidade do cabimento no procedimento incidental para a homologação judicial do acordo, caracterizado pela preponderância do controle jurídico da prova; b) o segundo relativo ao controle de ingresso nos autos da persecução penal no procedimento principal, no qual há a observância dos critérios lógico e jurídico de controle da prova.

Em relação ao critério lógico, a lei previu que as hipóteses previstas no art. 4, caput, I a V, da Lei 12.850/13, que são presumidamente relevantes e pertinentes em relação ao procedimento principal.

62. Vícios do procedimento de homologação do acordo de colaboração premiada podem determinar a nulidade por derivação das provas decorrentes desta colaboração.

63. O delatado poderá impugnar o acordo de colaboração premiada apenas de forma indireta, buscando não a sua anulação direta, mas sim o reconhecimento de nulidade que gere a invalidação da prova produzida.

64. As exceções consubstanciadas na teoria da fonte independente e na descoberta inevitável são aplicáveis à colaboração premiada.

65. O procedimento da oitiva do colaborador varia conforme a circunstância do colaborador ter sido ou não denunciado no processo em que ocorre a oitiva, embora a lei seja omissa neste sentido. Caso seja denunciado, o colaborador será ouvido na fase de interrogatório, devendo ser o primeiro réu a ser ouvido, sendo a ele facultado o exercício do direito ao silêncio, embora este exercício possa acarretar a perda da qualidade de colaborador da justiça.

As reperguntas dos defensores dos corréus delatados possuem liberdade de conteúdo por resguardarem o direito de defesa dos delatados, não se restringindo a apenas complementar as perguntas do magistrado.

Caso o colaborador da justiça não seja imputado no processo em que for ouvido, mas esteja envolvido de qualquer forma com o crime em apuração, deverá ser seguido o procedimento de produção da prova testemunhal, com a ressalva de que deve ser advertido sobre o exercício do direito ao silêncio. Caso este colaborador preste seu depoimento deverá estar assistido por defensor, o que torna sua oitiva assemelhada à figura da testemunha assistida do direito italiano, não podendo ser sua oitiva recusada pela defesa dos corréus.

66. O colaborador da justiça poderá eximir-se de responder a perguntas que violem seu dever de sigilo.

67. A previsão da regra de corroboração não afasta a natureza de prova das declarações do colaborador, determinando apenas uma redução, por força de lei, de sua aptidão de convencimento legal do juiz.

68. A *corroboration rule* introduzida pela Lei 12.850/13 impõe dois limites à valoração judicial da prova: a) a existência única de declarações do colaborador como elemento probatório da responsabilidade penal de alguém impõe ao juiz a obrigação de absolver o imputado, pois não são, por presunção absoluta, suficientes para embasar uma condenação; b) as declarações do colaborador somente tem proveito probatório se forem confirmadas por outros elementos probatórios. A regra de corroboração não possui caráter epistemológico, mas tem motivação política, visando reduzir a possibilidade de falsas incriminações. A regra de corroboração não incide sobre a valoração judicial em relação a

indícios de autoria e materialidade relativas às medidas cautelares, restringindo-se ao juízo de mérito da responsabilidade penal do delatado.

69. Em razão da necessidade da corroboração das declarações do colaborador, não há para o delatado qualquer relevância no tocante à valoração probatória o momento da produção da oitiva do colaborador, pois seja na fase pré-processual, seja na fase processual, estas declarações somente poderão fundamentar a condenação caso sejam corroboradas por outros elementos de prova.

70. Fundada na experiência italiana, as declarações do colaborador podem ser analisadas em face à elementos intrínsecos relativos à subjetividade do colaborador e elementos extrínsecos relativos a elementos externos ao colaborador.

71. A lei não distinguiu os elementos corroboradores, que podem ser relativos a quaisquer outros elementos probatórios, como prova testemunhal, documental ou pericial, excluindo-se apenas as provas constituídas produzidas na fase pré-processual. A *mutual corroboration* decorrente da delação cruzada e a *hearsay witness* não são elementos hábeis para constituírem-se como elemento corroborador, embora os indícios assim possam constituir.

72. O reconhecimento da corroboração prescinde de uma confirmação total das declarações do colaborador da justiça, uma vez que a lei não retirou das declarações do colaborador sua total eficácia probatória. A corroboração incidirá sobre a credibilidade objetiva do colaborador e a corroboração dos fatos delatados. A regra da corroboração visa complementar uma credibilidade presumidamente fraca do colaborador com a finalidade de transformá-las em declarações com força probatória plena.

73. Quando da prolação da sentença, o juiz deverá realizar dupla valoração em relação ao fato delatado: a) em relação ao colaborador, deverá analisar sua responsabilidade penal, bem como a configuração da colaboração eficaz dele; b) em relação ao imputado-delatado, deverá analisar sua responsabilidade penal.

74. A fase de julgamento do colaborador da justiça envolve três juízos sucessivos e subordinados ao anterior: a) a fase de julgamento da responsabilidade penal do colaborador; b) a fase do julgamento da efetividade da contribuição probatória do colaborador; c) a fase de julgamento sobre os prêmios legais e sua dosagem.

75. A valoração das declarações do colaborador da justiça em sentença está condicionada a três requisitos cumulativos: a) material, que é relativo à veracidade da informação, isto é, se a informação do fato delatado trazida pelo colaborador era verdadeira; b) finalístico, que se refere ao resultado probatório, isto é, se o resultado da

informação apresentada pelo colaborador atingiu a uma das finalidades legais mencionadas no art. 4º, I a V, da lei em estudo; c) racional-lógico, que corresponde ao reconhecimento de que a informação verdadeira trazida pelo colaborador inseriu-se na ordem sequencial das investigações que culminaram com o resultado probatório previsto em lei.

76. A condenação do delatado não é requisito imprescindível para o reconhecimento da colaboração eficaz do colaborador da justiça.

77. A simples colaboração do imputado não afasta o ônus do Estado em provar a responsabilidade penal dele.

78. Apenas a eficácia da colaboração é parâmetro idôneo a individualizar a pena no tocante ao prêmio do colaborador da justiça.

79. A exigência legal acerca dos resultados probatórios da colaboração premiada determina que a obrigação do colaborador é uma obrigação de resultado e não meramente de meio, ou seja, somente receberá sua prestação – prêmio legal – com a consecução de um dos resultados previstos em lei, embora dependa da atuação dos órgãos de persecução penal para que os resultados sejam produzidos após ter apresentados elementos objetivamente idôneos aos fins pretendidos.

80. A sanção pela desistência da tratativa de negociação gera o reconhecimento de que as provas apresentadas pelo colaborador poderão ser usadas validamente em relação aos delatados, podendo ser usadas contra o colaborador, desde que amparadas em outros elementos probatórios.

81. A Lei 12.850/13 trouxe sistematização à colaboração, que antes previa apenas aspectos ligados ao aspecto de direito material. Embora tenha sido omissa sobre relevantes questões acerca do procedimento probatório, o que deve ser corrigido pelo legislador, a novel legislação contribuiu para o aperfeiçoamento e maior aplicação do instituto em prol da eficiente persecução penal.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas introdutórias à ética jurídica*. São Paulo : Cultural. 2002.
- AMATO, Giovanna. Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, Padova, v. 27, 3-4, p.549-607, jul./dez. 2014.
- AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCrim 49/2004 – jul.ago/2004.
- ALFARO, Luiz Miguel Reyna. “Derecho penal, ética y fidelidade al derecho: estudio sobre las relaciones entre derecho y moral em el funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 45, out/dez.2003, p. 97-104.
- ALFONSO, Roberto. *La gestione processuale dei collaboratori di giustizia*. Disponível em:< http://www.csm.it/quaderni/quad_99b/qu_99_14.pdf>. Acesso em 22 set. 2016.
- ALMEIDA, José Raul Gavião. Do julgamento antecipado da lide penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, p.124-129, out./dez. 1995.
- _____.O interrogatório à distância. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.
- AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional. Trad. Mauricio Zanoide de Moraes. In:*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCrim 49/2004 – jul.ago/2004.
- AMODIO, Ennio. I pentiti nella common law. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*,Milano, v. 29, p.991-1004, 1986.
- _____. Il modelo accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif. *Il processo penale negli stati uniti d'America*. Milano: Giuffrè Editore, 1988.
- _____. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2003.
- ARANHA, Adalberto José Queiroz Teles de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.
- ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, v. 20, 2012.
- _____. A mentira e o art. 59 do CP. In: CALABRICH; FISCHER, Douglas; Pelella. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodium, 2010.

_____. Técnicas especiais de investigação. In: Carli, Carla Verissimo de (coord). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.*, 2 ed, 2013.

ARMARIO, Faustino Gutierrez-Alvis y. *Diccionario de derecho romano*. 4 ed. Madrid: Reus, 1995.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei no 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a Lei 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 16, out/dez, 1996.

_____; AZEVEDO, André Dias de. A lei anticorrupção e os programas de compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

_____. A colaboração premiada num direito ético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 771, jan 2000.

_____. Delação premiada e direito de defesa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 265, p.4-5, dez. 2014.

_____. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheros Editores, 1998.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional Estudo sobre sua admissibilidade e valoração*. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/a-utilizacao-da-hearsay-witness-na-corte-penal-internacional-estudo-sobre-sua-admissibilidade-e-valoracao-1.html>>. Acesso em 12 jun. 2015)

_____. *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em 5 set. 2016.

_____. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo penal*. 3 ed, ver, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Quem está preso pode delatar?* Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/quem-esta-presos-pode-delatar>>. Acesso em 13 out. 2016.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BALSAMO, Antonio. L'inserimento nella carta costituzionale dei principi del giusto processo e la valenza probatoria delle contestazioni nell'esame dibattimentale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 45, p.471-494, 2002.

BANDEIRA, Marcos Thompson. O bloco de constitucionalidade e a garantia do duplo grau de jurisdição. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 254, p.12-13, jan. 2014.

BARBOSA, Rui. Obras completas de Rui Barbosa. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1951.

_____. *Oração aos moços* / Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas, com comentários artigo por artigo à Lei 9.613/1998*. 2 ed. Ver atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BARROS, Maria Ester V. Arroyo Monteiro de. Da Transação. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Vol. VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASSI, Guido Stampanoni. Profili processual dela disciplina sui cosiddetti “collaboratori di giustizia”. Disponível em <<http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2013/09/tesi-collaboratori-giustizia.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BASSIOUNI, M. Cherif. Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci. *L'indice penale*, Padova, v. 24, n. 1, p.5-36, jan./abr. 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BENEVIDES FILHO, Mauricio. *A sanção premial no direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BERISTAIN, Antonio. Derechos humanos y respuestas a la delincuencia – Reflexiones desde uma ética de valores máximos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40, out/dez.2002.

_____. Ética em la criminologia europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, julh/set. 1999.

BERNASCONI, Alessandro. *La collaborazione processuale: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto com lá esperienza statunitense*. Milano: Dott Dgiuffrè Editore, 1995.

BERTEN, André. *Filosofia social: a responsabilidade social do filósofo*. Tradução: Mareio Anatole de Sousa Romeiro. São Paulo: Paulus, 2004.

Bíblia de Estudo Plenitude. Trad. João Ferreira de Almeida. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

_____. Delação premiada no Brasil e na Itália. Uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 88, p.225-270, jan./fev. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A crise da pena de prisão e a individualização da sua execução. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 41-52, jul./dez. 1998/1999, p. 42.

_____. *Tratado de direito penal, parte geral*. 17 ed. Ver. Ampl. E atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manoel, 2007;

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Norberto Bobbio compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues.- São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

BONETTI, Michele. La 'chiamata di correo': rassegna critica. *L'Indice penale*, Padova, 20, p. 58, 1986.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Direito Penal*, v.2. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; FELDENS, Luciano. *A forma inteligente de controlar o crime organizado*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-05/direito-defesa-forma-inteligente-controlar-crime-organizado>>. Acesso em 12 mai. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1A9662E1BAE05DDC4223B2174B43B72C.proposicoesWeb1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em 24 set. 2016.

_____. Empresa Brasileira de Comunicações. *Relembre: jornada de protestos de junho completa um ano.* Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2014/06/protestos-completam-um-ano-e-violencia-policial-se-repete>>. Acesso em 13 mar. 2016.

_____. Ministério da Justiça e Cidadania. ENCLA. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/Ministerio Publico Santa Catarina/manual-colaborao-premiada-ja-n14>>. Acesso em 25 set. 2016.

_____. Ministério Público Federal. Caso Lava-Jato. Disponível em: <<http://www.lavajato.mpf.mp.br/>>. Acesso em 5 mai. 2015.

_____. Ministério Público Federal. Acordo de colaboração premiada formulado entre o Ministério Público Federal e Pedro José Barusco Filho. Data do acordo: 19 nov. 2014. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf>. Acesso em 8 set. 2015.

_____. Ministério Público Federal. Habeas Corpus n. 5029050-46.2014. Procurador Manoel Pastana. Data do parecer: 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 250937/MG. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 16 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=60602011&num_registro=201201652920&data=20160616&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 21 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 276485-SP, Rel. Jorge Mussi. Julgado em 30 set. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=38720100&num_registro=201302914457&data=20140930&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 1 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 67309. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 17 mar. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=58683453&num_registro=201600148920&data=20160331&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 12 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n. 83.875 – GO. Rel para acórdão: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado: 25 mar. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia>>

[l=4268881&num_registro=200701242050&data=20081013&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia_l=4268881&num_registro=200701242050&data=20081013&tipo=91&formato=PDF)>.

Acesso em 12 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 70.878 –PR. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 22 abr. 2008. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia_l=3812532&num_registro=200602582276&data=20080616&tipo=91&formato=PDF>.

Acesso em 22 set. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 112993/ES. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 16 mar. 2010. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801745199&dt_publicacao=10/05/2010>. Acesso em 12 out. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 97.509/MG. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 15 jun. 2010. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200703072656&dt_publicacao=02/08/2010>; Acesso em 22 out. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 171.912/SP. Julgado em 13 set. 2011. Disponível em:<
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21077453/habeas-corpus-hc-171912-sp-2010-0083490-9-stj/inteiro-teor-21077454>>. Acesso em 3 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 307959/SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402806048&dt_publicacao=26/10/2015>. Acesso em 12 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 2645/SP – Rel. Min. Teori Zavaski – julgado em 18 nov. 2009. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3699710&num_registro=200702549165&data=20091216&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 16 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.477.982 – DF. Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em:14 abr. 2015. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45011275&num_registro=201402181189&data=20150423&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 23919. Rel. Min. Anselmo Santiago. Julgado em 18 dez. 1997. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200158420&dt_publicacao=13-04-1998&cod_tipo_documento=3>. Acesso em 5 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 17 dez. 2012. Disponível em:<
ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf> Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental 121.835. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>>. Acesso em 3 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Petição 5.885/DF. Julgado em 5 abr. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10785126>>. Acesso em 8 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag Reg em AI nº 191684, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17 nov. 1997. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=282876>. Acesso em 12 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 71.453, Relator: Min. Paulo Brossard, em 06 set. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73118>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85.701-9. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 10 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591287>>. Acesso em: 6 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 93.050/rj. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>>. Acesso em 3 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO – Rel. Min. Teori Zavaski – Julgado em: 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 12 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 127186/PR. Rel. Min. Teori Zavaski. Julgado em 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9015980>>. Acesso em 29 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 27 ago. 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 6 ago. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 89.847/BA. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535857>>. Acesso em 6 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 108.148/MS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 7 jun. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1275837>. Acesso em: 4 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.221/SP. Rel. Min. Teori Zavaski. Julgado em 25 ago. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9342919>>. Acesso em 20 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127483/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 27 ago. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 22 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 131905/BA. Rel. Dias Toffoli- Julgado em 16 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10423450>>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 134382/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 2 ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11524741>>. Acesso em 12 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 99.736/DF. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em 27 abr. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611540>>. Acesso em 12 out. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 134132 AgR/MG. Rel. Min. Teori Zawaski. Julgado em 7 jun. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11202575>>. Acesso em: 12 set. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90.688-5/PR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 12 fev. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em 24 maio. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 109598 AGR / DF – Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 15 mar. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10794895>>. Acesso em 25 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq. 2245/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em : 28 ago. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494478>>. Acesso em 22 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.218/RR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado: 21 marc. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4598062>>. Acesso em 9 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq. 3983/DF. Rel. Min. Teori Zavaski. Julgado em 3 mar. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10940248>>. Acesso em 22 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq 4119 / DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 15 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28confiss%E3o+e+crime+e+retratada+e+condena%E7%E3o%29&base=baseAcordaos&url=http://tinurl.com/hsakw2g>>. Acesso em 2 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4130/QO/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 23 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10190406>>. Acesso em 25 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4146. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 22 jun. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11786520>>. Acesso em 11 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet. 5700-DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 22 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet5700.pdf>>. Acesso em 20 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet. 5952/DF. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em: 14 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000259997&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 12 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet. 6164 AgR/DF. Rel. Min. Teori Zawaski. Julgado em 6 set. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11690782>>. Acesso em 7 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 22062 AgR. Relator Ministro Barroso, Primeira Turma, julgamento em 15.3.2016, DJe de 20.5.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 593727. Relator para acórdão Min. Gilmar Mendes. Julgado em : 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593727&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 15 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 600-817/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 7 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026454>>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 641.320/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 11 mai. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 12 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 220009 AGR/PR. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em: 16 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10939449>>. Acesso em 21 set. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 120379/RO. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 26 ago. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026617>>. Acesso em 26 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 124192/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8164532>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Exceção de suspeição nº166475/2015. Rel. Des. Orlando de Almeida Perri. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-vista-excecao-suspeicao.pdf>>. Acesso em 5 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento 32, de 24 out.2000. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoCriminal/PortalDeTrabalho/Provimento32CGJ.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª região. HABEAS CORPUS Nº 5029593-78.2016/PR – Rel. Juiz Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em 2 ago. 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8491883&termosPesquisados=colaboracao|premiada|lava>. Acesso em 12 out. 2016.

BROWN, Jeff. Meriti e limiti del patteggiamento. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif. *Il processo penale negli stati uniti d'America*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1988.

BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; Nahur, Marius Tadeu Maciel. *Criminalidade Organizada e globalização desorganizada – curso completo de acordo com a lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2014.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. A evolução do promotor de justiça “investigador”: uma nova perspectiva de atuação do Ministério Público brasileiro no enfrentamento às organizações criminosas. In: *Crime Organizado*. MESSA, Ana Flavia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. *Revista Jurídica*, São Paulo, IOB, ano 57, n. 385, nov. 2009.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATTANEO, Mario A. *Pena Diritto e Dignità Umana-Saggio sulla filosofia Del Diritto Penale*. Torino: G.Giappichelli Editore, 1990.

CAVALLI, Giacomo. *La chiamata in correità*. Milano: Giuffrè editore, 2006.

CERETTI, Adolfo. O terrorismo de esquerda na Itália nos anos setenta – causas e remédios. Trad. Ana Paula Zomer. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs). *Direito Penal*, v.7., -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Relación entre la etica y el derecho en la actual dinàmica legitimadora de la norma penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Direito Penal*, v.2, Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci (org). São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CHIAVARIO, Mario. A obrigatoriedade da acção penal na constituição italiana: o princípio e a realidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 5, 3/4, p.329-359, jul./dez. 1995.

_____. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad: MORAES, Mauricio Zanoide de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.2, n.5, p27, jan/mar. 1994.

_____. *Diritto processuale penale*. 6 ed.Torino: UTET Giuridica, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Recomendação n. 9, de 20 abr. 2005. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b0cf7>. Acesso em 21 out. 2016.

CORDEIRO, Nefi. Delação Premiada na legislação brasileira. *Revista da AJURIS-Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Ano 26, n. 75(Set 99). Porto Alegre: AJURIS, 1999.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case *Daktaras v. Lithuania*, j. 17 ajn. 2001. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["42095/98"\],"itemid":\["001-58855"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 5 set. 2016.

_____. CASE OF MEŽNARIĆ v. CROATIA, j. 15 jul. 2005. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["71615/01"\],"itemid":\["001-69726"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 5 set. 2016.

_____. Case *Labita v. Italy*. Julgado em 6 abr. 2000. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["labita"\],"itemid":\["001-58559"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 13 out. 2016.

_____. Case *Ignatenco v. Moldova*. Julgado em 8 fev. 2011. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["pentiti"\],"itemid":\["001-103319"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 13 out. 2016.

_____. Case *Ereren v. Germany*. Julgado em 6 nov. 2014. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["pentiti"\],"itemid":\["001-147610"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 13 out. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do estado. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 22, p. 75-84, abr./jun. 2006.

CUERDA ARNAU, María Luisa. El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 25, p. 3-67., 2005, p. 58.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/13)*. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodium, 2015.

DALEY, Richard. Il plea bargain: uno strumento di giustizia senza dibattito. In. AMODIO, Ennio, BASSIOUNI, M. Cherif (coord.) *Il processo penal negli Stati Uniti D'America*. Milano: Dott A Giufrè Editore, 1988.

DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. In: *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, n. 121, 506-589.

DE LUCA, Javier Augusto. *El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional*. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 1998.

DE PASCALIS, Paola. Il problema della disciplina del verbale illustrativo in rapporto alla figura dei testimoni di giustizia - art. 16-quater d.l. 15 gennaio 1991, n.8. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 47, n. 4, p.1266-1278, out./dez. 2004.

DEGANELLO, M; GASPARINI, A.; MOLLO, M.; ROSSETO, G. *Il processo penale statunitense*: soggetti ed atti. Torino: G Giappichelli editore, 1994.

DEL CID, Daniel. A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 276, p. 15-18, nov. 2015.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Leis penais especiais comentadas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI CHIARA, Giuseppe. Chiamara di correo, garantismo coletivo e diritto di difesa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 30, 1987.

DIEZ, Manuel Quintanar. *La justiça penal e los denominados "arrepentidos"*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7 ed. rev. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUARTE, Nestor. Comentário ao art. 125 do Novo Código Civil. In: PELUSO, Cesar (coord). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 21, v. 101, mar/abr 2013.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia 72/2001, julgado 26 mar. 2001. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show?tipoResolucion=SENTENCIA&year=2001&number=72>. Acesso em 12 out. 2016.

_____. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 55/2005. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/5315>>. Acesso em 12 out. 2016.

_____. Tribunal Constitucional. Sentencia 55/2005. Julgado em: 14 mar. 2015. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/5315>>. Acesso em 15 out. 2016.

_____. Tribunal Supremo. STS 4310/2016. Julgado: 4 out. 2016. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7837772&links=coimputado%20indicios%20conjunto&optimize=20161014&publicinterface=true>>. Acesso em 13 out. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Bureau of Justice Assistance U.S. Department of Justice. Disponível em: <https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em 9 fev. 2015.

_____. *Rule 11 (f), Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Suprema Corte. Case: Brady v. United States, 397 U.S. 742, 748 (1970). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Suprema Corte. Case Kasigar v. United States. Julgado em 22 mai 1972. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/441/case.html>>. Acesso em 12 out. 2016.

_____. Suprema Corte. Case Perry v. Leeke. Julgado em 10 jan. 1989. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/488/272.html>>. Acesso em 21 out. 2016.

_____. Suprema Corte. Case: Von Moltke v. Gilles, 332, U.S. 708 (1948). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/708/case.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009.

FASSONE, Elvio. La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 48, p. 417-463, 4º trim. 1997.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O direito processual penal internacional. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. (coord) *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Crime Organizado- Aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p.193-236, mai./jun. 2007.

_____. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Terrorismo: eficiência e garantismo. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos (coord). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e garantismo*. Belo Horizonte: Forum, 2014.

_____. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord). Provas no processo penal: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr et al. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei Delitti e Delle Pene*: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, v. 2, n. 2, p.271-292, mai./ago. 1984

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRUA, Paolo. *Il “giusto processo”*. 3 ed. Bologna: Zanichelli editore, 2012.

FISCHER, George. *Plea bargaining’s triumph: a history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2003.

FOLGADO, Antônio Nobre. *Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo: os riscos do máximo ético*. In: II Jornada de Direito Constitucional. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2014, p. 282.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal – a nova parte geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANÇA, Rubens Limongi (coord). *Enciclopedia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 23, p. 136.

FURTADO, Valtan Timbó Martins Mendes. Reflexões sobre a atenuante da confissão espontânea. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 98, p.5-6, jan. 2001.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da magistratura, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada. *Revista de Estudos Criminais*, n.14, 2004.

_____. A suspensão do processo penal na Alemanha. Porto Alegre: *Revista da AJURIS*, v. 31, n. 96, dez 2004.

_____. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. O direito de defesa no inquérito policial civil. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Bernardo Pereira de Vasconcelos e o Código Criminal de 1830. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 9, n. 17, p.337-353, jul./dez. 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Da transação. In: PELUSO, Cesar (coord). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007.

GOMES, Abel Fernandes. "Juiz das garantias": inconsistência científica; mera ideologia - como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

GOMES, Luiz Flavio. Corrupção política e delação premiada. *Revista síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v.6, n. 34, p. 18, out/nov. 2005

_____. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

_____. Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 51, p. 06, fev. 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 testemunha, comissões parlamentares de inquérito, crimes de informática, trabalho infantil, tv e crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Principais notas criminológicas. In GOMES, Luiz Flavio; Cervini, Raúl. *Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei .12.850/13*. Salvador: Editora Juspodium, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

_____. *A motivação das decisões penais*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: Og Fernandes (org). Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas, comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2011.

_____. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 17-27, jan./mar. 1992.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de Palermo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRANDIS, Rodrigo de. Criminalidade Empresarial e organizações criminosas: reflexões sobre os pontos de atrito e os pontos comuns. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (org). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006*. 2007.

_____. *Manual de processo penal*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 200.

_____. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido R. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros.

_____; GOMES, Luiz Flavio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio, SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, p. 209-235., abr./jun. 2011.

HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1996.

HIRECHE, Gamil Foppel El; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. MPF inova e cria suspensão de prescrição ilegal em acordo de delação. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-13/mpf-inova-cria-suspensao-prescricao-ilegal-acordo-delacao>>. Acesso em 13 abr. 2016.

HODGSON, Jacqueline S.; TADROS, Victor. The impossibility of defining terrorism. *New Criminal Law Review*, Summer 2013, 16 new Crim. L.R., 294. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

HOUAISS, Antonio. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=colaborar>. Acesso em: 12 abr. 2016.

ITÁLIA. Corte Suprema de Cassação. Sez. 6, num. 26633/16. Julgado em 12 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=./20160628/snpn@s60@a2016@n26633@tS.clean.pdf>>. Acesso em 16 out. 2016.

_____. Corte Suprema de Cassação. Sez. 3 Num. 37103/2015. Julgado em 18 jun. 2015. Disponível: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=./20150916/snpn@s30@a2015@n37103@tS.clean.pdf>>. Acesso em 21 out. 2016.

_____. Corte Suprema de Cassação. Sentença. Sez. 1. Num. 42803. Julgado em 26 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=./20161012/snpn@s10@a2016@n42803@tS.clean.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Corte Suprema de Cassação. Sentença. Sez. 1. Num. 42803. Julgado em 26 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=./20161012/snpn@s10@a2016@n42803@tS.clean.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Suprema Corte de Cassação. Sez. 7 num. 36864/2012. Julgado em 8 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=./20120927/snpn@s70@a2012@n36864@tO.clean.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.

IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. *Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

KARAM, Maria Lucia. *Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demetrio. *A história da paz*. São Paulo: Contexto, 2008.

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

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Penal Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de. A imprescindibilidade do procedimento investigatório do ministério público. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*: REVIJUR, Campo Grande, v. 3, n. 3, p. 103-116., 2000.

_____.; OLIVEIRA, Beatriz Lopes. Crime organizado e a Lei nº 12.850/13. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19ed. rev atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Márcio Barra. Colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH; FISCHER, Douglas; Pelella. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodium, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 2.ed. SALVADOR: Juspodium, 2014.

LIVIANU, Roberto; OLIVEIRA, Julio Marcelo de. Medida provisória 703 é uma verdadeira aberração jurídica afrontosa à CF. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica>>. Acesso em 12 mai. 2016.

LOBATO, José Danilo Tavares; PAULINO, Hélder Lacerda. Notas críticas acerca da relação entre criminal compliance e whistleblowing. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 275, p.4-5, out. 2015.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei 9034/95. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUNO, Angel Rodriguez. *Ética*. Pamplona: Ed. Eunsa, 1984.

MACHADO, André Augusto Mendes Machado. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAGRO SERVET, Vicente. Análisis de la circunstancia atenuante de confesar a las autoridades la infracción delictiva (art. 21.4 del CP). *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 4, n. 41, p.110-115, set.2007.

MAIEROVITCH, Walter Fanganello. As associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.) *Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil) A modernização da lei penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Delação premiada e intuição de Rudolf Von Iering*. IBGF. Disponível em: <[http://www.ibgf.org.br/index.php?data\[id_secao\]=2&data\[id_materia\]=2927](http://www.ibgf.org.br/index.php?data[id_secao]=2&data[id_materia]=2927)>. Acesso em: 22 mai. 2016.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito intertemporal penal: possibilidade de "combinação" de leis; o equívoco da "Lex Tertia". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p.373-390, mai./jun. 2007.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal de partes: "right of confrontations". Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, Campinas: Millennium, 2009.

_____. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado?. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 9B, p.373-398, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de leniência. Evolução do instituto na legislação brasileira. Abrangência, legalidade e atualidade da MP nº 703/2015. Parecer. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p.05-29, dez./jan. 2016.

_____. *A vida dos direitos humanos- Bioética Médica e Jurídica*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. São Paulo: Ed. Forense, 2003.

MAZZILLI, Hugo. A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal. *Revista dos Tribunais*, ano 91, vol 805, nov. 2002.

MELCHIONDA, Achille. La chiamata di correo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 10, n. 1, p.148-208, jan./mar. 1967.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. A “Exclusory rule” do sistema norte-americano. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=776>. Acesso em 2 out. 2016.

_____. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MERCOSUL. Página oficial. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>> Acesso em 22 jun. 2016.

MERINO HERRERA, Joaquín. Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo. *Revista Penal*, Valencia, n. 36, p.145-171, jul. 2015.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed, ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 426

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

_____. Publicidade e proporcionalidade. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião, MORAES; Maurício Zanoide (coord). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORALES, David Vásquez; MOLINA, Esther Fernandez. CONFIANZA EN LOS TRIBUNALES PENALES: Una vía normativa a la cooperación ciudadana con la justicia más allá de la amenaza y la coerción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2013, núm. 15-18. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-18.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A confissão parcial impõe a atenuação da pena? Um estudo acerca da confissão como atenuante genérica (artigo 200 do código de processo penal c/c o artigo 65, i, d, do código penal). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p.54-62, out./nov. 2014.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Manu Polite. *Revista Centro de Estudos Judiciais*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994

_____; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano1, n.4, out/dez 1993, 110-125.

MUSCO, Enzo. La Premialità nel diritto penale. *L'Indice Penale*, Padova, n. 3, v. 20, 1986. 591-611.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 38 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

NAFTANOWORG. *North America Free Trade Agreement*. Disponível em:<http://www.naftanow.org/faq_en.asp#faq-1>. Acesso em 22 jun. 2016.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Direito civil constitucional bioético na clonagem humana*. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 3 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Organização Criminosa*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OBERG Y., Hector. Justicia penal negociada. In: *EL nuevo proceso penal chileno*. Concepción: Impresos Andalién, 2000.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ed. ver. e ampl. Atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Office on Drugs and Crimes. *Nova campanha do unodc aponta que o crime organizado transnacional movimentou 870 bilhões de dólares ao ano*. Data: 16 jul. 2012. Disponível em:<<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2012/07/16-unodc-lanca-campanha-global-sobre-crime-organizado-transnacional.html>>. Acesso em: 12 out. 2016.

PACHECO, Alcides Marques Porto. Há um retorno do pensamento retribucionista? Sobre a (des) conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Direito Penal*, v.4, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PADOVANI, Tullio. La soave inquisizione: osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 24, p.541, 1981.

PAZ, Isabel Sánchez García de. EL coimputado que colabora com la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 07-05, p. 05:1- 05:33. Disponível em:<<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. Colaboração processual e a inquietante indagação: a delação é mesmo premiada? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v.1, ago/set 2003, Porto Alegre: MAGISTER, 2004.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica: uma visão constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PENTEADO, Jacques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Maques da (coord). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III, 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PISANI, Mario. Luis Jiménez de Asúa e il diritto premiale. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua*, Madrid, n. 11, p.543-4, jun. 1986.

PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. *Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PONDÉ, Luis Felipe. *Filosofia para corajosos*. 1. Ed. São Paulo: Planeta, 2016.

POSNER, Ruchard A. “A problemática da teoria moral e jurídica”. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012.

POZZOLI, Lafayette; SILVA, Luciano Braz da. A ética e a virtude como matrizes da concepção de justiça na filosofia grega clássica. In:POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir. *Matrizes dos conceitos de justiça*. 1 ed. São PAULO: Letras Jurídicas, 2010.

PULEIO, Francesco. *Associazione mafiosa, chiamata di correo e processo: un vademecum per l'operatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

PORTAL DE NOTÍCIAS G1. Há dez anos, São Paulo parou durante série de ataques contra policiais e civis. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/ha-dez-anos-sao-paulo-parou-durante-serie-de-ataques-contra-policiais-e-civis.html>. Acesso em 12 out. 2016.

_____. PF estima que prejuízo da Petrobrás com corrupção pode ser de R\$ 42 bi. 2015. Disponível em:< <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/11/pf-estima-que-prejuizo-da-petrobras-com-corrupcao-pode-ser-de-r-42-bi.html>>. Acesso em: 12 out. 2016.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 11, fev. 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUIROGA, Jacobo Lopez Barja de. *Tratado de derecho processual penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.

RAMOS, João Gualberto Gaercez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6 ed. anotada e atual por Ovidio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RASCOVSKI, Luis. A (in) eficiência da delação premiada. In: *Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.

RASSI, João Daniel. Considerações iniciais sobre o acordo de leniência na nova lei anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013). In: JORGE, Renato de Mello; RASSI, João Daniel (org). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (org). *Juizados Especiais Criminais: Interpretação e Crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

RESTA, Eligio. Il diritto penale premiale: nuove strategie di controllo sociale. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, v. 1, n. 1, p.41-69, jan./abr. 1983.

Revista Veja. *Atentados de 11 de setembro completam 15 anos*. 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/atentados-de-11-de-setembro-completam-15-anos/>>. Acesso em 23 mar. 2016.

RevistaSuperinteressante. *As oito maiores religiões do mundo*, 2012. Disponível em <<http://super.abril.com.br/blogs/superlistas/as-8-maiores-religoes-do-mundo/>>. Acesso em 15 set. 2016.

RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale. In MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letzia; ARNOLD, Jörg (a cura di). *Il Crime organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*. Freiburg: Giuffrè Editore, 2000, p. 347

ROBIN, Gerald D. *Introduction to the criminal justice system: principales, procedures, practice*. New York: Harper & Row publishers, 1980.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. *Revista Jurídica*, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FERNANDES, Fernando Andrade. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 79-92., jan./mar. 1996.

ROSENVALD, Nelson. Comentário ao art. 423 do Novo Código Civil. In: PELUSO, Cesar (coord). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007.

ROSSETO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2011.

RUGGEIRO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correttezza*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

SALAS, Luis P. Justiça penal na América Latina. *Segurança pública como tarefa do Estado e da sociedade*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1998.

SALOMI, Maíra Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016.

SAVIOTTI, Pietro. Pubblico Ministero e polizia giudiziaria: un problema di regole processual da rispettare. In: SAVIOTTI, Pietro et al. *I collaboratori di giustizia: legislazioni ed esperienze a confronto*. Palermo: Fondazione "Giovanni e Francesca Falcone", 1994.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Reading Law: the interpretation of legal texts*. St. Paul: Thomson/West, 2012.

SCHIAVO, Nicolás. El juicio abreviado: otra búsqueda de confesión en el proceso penal. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p.459-493, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei 9.099/95. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coord.). *Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002.

SILVA JUNIOR, Edson Miguel. Sistema Penal Consensual Não punitivo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 88, volume 762, abril/99.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Acordo de leniência e seus reflexos penais. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 68, p.32-39, out./nov. 2015.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de et al. Confissão: objeto e conceito - processo penal na perspectiva do tipo penal. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 26, p.23-25, jun./jul. 2004.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: procedimento probatório*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada: Lei 12.850/13*. Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf>. Acesso em 22 set. 2016.

_____. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais penais da lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.

SILVA JUNIOR, Edson Miguel. Sistema Penal Consensual Não punitivo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 88, volume 762, abril/99.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro, 2014.

_____. Os limites da imputação do crime de formação de quadrilha ou bando. *Boletim do IBCCRIM*. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4798-Os-limites-da-imputacao-do-crime-de-formacao-de-quadrilha-ou-bando.> Acesso em 16 jun. 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

STOCO, Rui. Impunidade – razões e formas, *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 742, ago 1997.

STORTONI, Luigi. Criminalità organizzata e legislazione di emergenza. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 3, p.40, dez. 1992.

SUANNES, Adalto Alonso. O interrogatório judicial e o art. 153, §§15 e16, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, n. 572, p. 283-290, jun. 1983.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta S/A, 2011.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformidade jurídico-constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos. Fundamentos e instrumentos básicos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Direito intertemporal e a nova codificação processual penal: subsídios para sistematização e aplicação do direito transitório no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

UNIÃO EUROPÉIA. Conselho de ministros. Recomendação nº (87) 18, de 17 de setembro de 1987.

_____. Página oficial. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt>. Acesso em 22 jun. 2016.

ENAFRO, Emma. Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 36, p. 1107-1122, 1993.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VIANO, Emilio C. Plea bargaining in the United States: a perversion of justice. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Ramonville Saint-Agne, v. 83, 1/2, p. 109-145, jan./jun. 2012, p.110.

VIVAS, Gustavo E. La confesión transaccional y el juicio abreviado. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 4, 8A, p.497-526, 1998.

VECCHIO, Giorgio Del. Unidade Fundamental da ética, sob as formas da Moral e do Direito. In: Edição Comemorativa/ *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 1, n.1 (jan/jun. 1995). Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

VEIGA, António Miguel. Da relevância da vontade do visado na extradição passiva e na execução do mandado de detenção europeu: a solução portuguesa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 22, n. 4, p.581-631, out./dez. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categoria frustrada. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume, ano1, vol. 1, 1996.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. “Moral, Ética e Direito”. *Revista da EMESC/ Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. V.1, n. 1, ago. 1995 – Florianópolis: ESMEC.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os caminhos da internacionalização do processo penal. In: *Direito processual penal internacional*. Antonio Scarance Fernandes, Marcos Alexandre Coelho Zilli (coord). Fernanda Regina Vilares (org). São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 2-3, jul. 2008.