

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

Maria Eduarda Palermo Capez

**COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE DO INSTITUTO E AFERIÇÃO DA
VOLUNTARIEDADE DO AGENTE COLABORADOR PRESO**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

São Paulo

2024

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Maria Eduarda Palermo Capez

**COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE DO INSTITUTO E AFERIÇÃO DA
VOLUNTARIEDADE DO AGENTE COLABORADOR PRESO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de BACHAREL em Direito, sob a orientação do Prof. Doutor Antonio Carlos da Ponte.

São Paulo

2024

Palermo Capez, Maria Eduarda
COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE DO INSTITUTO E AFERIÇÃO DA
VOLUNTARIEDADE DO AGENTE COLABORADOR PRESO. / Maria Eduarda
Palermo Capez. -- São Paulo: [s.n.], 2024.
56p. ; cm.

Orientador: Antonio Carlos da Ponte.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -- Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Graduação em Direito,
2024.

1. Colaboração premiada. 2. Voluntariedade do agente
colaborador preso. 3. Discricionariedade regrada da
homologação do acordo. 4. Sindicabilidade do acordo. I.
Ponte, Antonio Carlos da. II. Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Trabalho de Conclusão de Curso para
Graduação em Direito. III. Título.

CDD

Com imenso orgulho e felicidade, dedico este trabalho aos meus pais, Fernando e Valeria, e à minha irmã, Maria Fernanda, que desde sempre me guiaram com seus exemplos de força e dedicação e me ensinaram que a vida, a despeito de ser uma longa e árdua caminhada, pode ser extraordinária. Cada etapa da minha jornada acadêmica foi iluminada pelo apoio incondicional e pelos grandes ensinamentos que todos vocês me transmitiram. Agradeço enormemente por serem meu alicerce e por me motivarem mesmo nos momentos mais desafiadores. Espero um dia ser capaz de retribuir tudo que vocês já fizeram e que incansavelmente fazem por mim.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Valeria, pelo apoio incondicional e amor mais puro e verdadeiro que sempre me fortaleceu em todas as etapas da minha vida.

Ao meu pai, Fernando, cuja trajetória marcada por sua dedicação inabalável, representa para mim o verdadeiro significado de honestidade, garra e caráter. Obrigada por ser um exemplo de força e de ser humano.

À minha irmã, Maria Fernanda, pela cumplicidade e por ser, desde sempre, minha fonte constante de inspiração.

À memória de minha avó, Suraia, que faz uma imensurável falta em minha vida.

À minha avó, Neide, por tudo e por tanto.

Ao meu professor e orientador, Dr. Antonio Carlos da Ponte, cuja dedicação e competência despertaram em mim um profundo apreço pelo Direito Penal.

Sua paixão em lecionar é transmitida com tamanha clareza e intensidade que jamais poderei me esquecer do impacto de seus ensinamentos em minha formação.

Que este trabalho represente o fruto da importância e o reflexo do suporte de cada um de vocês na minha graduação.

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo uma análise sistêmica da estrutura do instituto da colaboração premiada, passando por sua origem, pressupostos de existência, requisitos de validade e exigências para sua eficácia. A análise da Lei nº 12.850/13 tem início com as comparações do instituto com o *plea bargaining* do direito anglo-saxônico, principalmente o norte-americano. Neste sistema, denominado *Common Law*, há uma liberdade quase absoluta de negociação entre o *attorney* ou *public prosecutor* e o acusado. Com efeito, o Ministério Público tem liberdade para oferecer sanções premiais sem maiores restrições, e o acusado pode abrir mão de sua defesa mediante a assunção de culpa, o chamado *plea guilty*. Ao fazê-lo, abre mão da garantia constitucional derivada do princípio da não auto-incriminação em troca de uma pena mais branda ou, muitas vezes, para evitar a imposição da pena de morte. A autonomia da vontade prepondera sobre dogmas tradicionais do Direito Penal, como o da obrigatoriedade da ação penal pública e indisponibilidade da persecução penal. O pragmatismo, corrente filosófica nascida nos Estados Unidos no início do século passado, influenciou a visão utilitarista que busca eficácia dos resultados, celeridade e prevenção, geral e especial, da criminalidade. No Brasil, embora haja uma corrente que busque inspiração no sistema da *Common Law*, o rompimento com o tradicional sistema positivista da *Civil Law* foi apenas parcial. A autoridade celebrante tem autonomia para negociar um acordo de colaboração premiada, sendo dotada de discricionariedade para avaliar a conveniência e oportunidade de oferecer um prêmio sancionatório em troca de uma efetiva contribuição para enfrentamento da criminalidade organizada. No entanto, essa não é uma discricionariedade absoluta, mas regrada, isto é, limitada pelos parâmetros estabelecidos pela Lei nº 12.850/13. Assim, caberá ao juiz verificar a compatibilidade dos termos e cláusulas do acordo, bem como os benefícios oferecidos, com a previsão legal, podendo, inclusive recusar sua homologação caso esteja em antagonismo com a legislação em vigor. O estudo procurou também sistematizar os dispositivos legais de acordo com a doutrina, organizando os artigos de lei de acordo com uma sequência lógica, a fim de permitir uma visão mais clara e objetiva do instituto. Foram identificadas três etapas na formação do acordo de colaboração premiada. A primeira consiste em analisar os pressupostos de existência do acordo, que são: um documento escrito, um relato da contribuição, os benefícios oferecidos em troca da colaboração, a assinatura da

autoridade celebrante, do colaborador e de seu advogado. Em seguida, existindo um termo de colaboração, deve-se verificar sua validade e para tanto é necessário aferir a voluntariedade por parte de quem se dispôs a negociar com o Poder Público. Tal requisito, que não se confunde com espontaneidade, é tão relevante que o juiz deverá entrevistar o colaborador sem a presença do Ministério Público ou da autoridade policial, a depender de quem celebrou o acordo. Por fim, na última etapa, que é a da eficácia, verifica-se se o acordo produzirá ou não efeitos na órbita jurídica, estando isto a depender de o juiz homologar ou não o ajuste. Com isso, fica estabelecida a natureza jurídica do instituto como o de um negócio jurídico processual, por meio do qual, Ministério Público ou autoridade policial, flexibilizam os efeitos da persecução penal, mediante o oferecimento de um abrandamento penal, em troca de uma contribuição voluntária do autor de uma infração penal, limitado este acordo aos parâmetros fixados pela Lei nº 12.850/13. Na última etapa, o estudo procede a uma avaliação crítica do instituto da colaboração premiada, analisando a delação do colaborador preso, identificando um abuso na utilização da prisão preventiva, bem como seu desvirtuamento visando a pressionar o preso provisório a colaborar. Forma contemporânea de tortura psicológica, este método condenável tipifica crime de abuso de autoridade, invalida a delação ante a falta de voluntariedade e prejudica toda a persecução penal, mediante a anulação do processo. A Lei nº 12.850/13 já estabelece incentivos suficientes, tais como o perdão judicial, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a progressão mais rápida de regime de pena e até mesmo a exclusão do processo, mediante o não oferecimento da ação penal. Por essa razão, nada justifica o açodamento das autoridades em violar garantias constitucionais na busca de uma suposta eficácia. Essa é uma breve síntese do presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: colaboração premiada, discricionariedade regrada, Lei nº 12.850/13, criminalidade organizada, efetividade penal, *plea bargaining*, Common Law, natureza jurídica, requisitos legais, premialidade, prisão preventiva, voluntariedade, colaborador preso.

ABSTRACT

This study aimed to conduct a systemic analysis of the structure of the plea bargain institute, examining its origin, prerequisites for existence, validity requirements, and conditions for its effectiveness. The analysis of Law nº 12.850/13 begins with comparisons between the plea bargain system in Anglo-Saxon law, particularly in the United States. In this system, known as Common Law, there is almost absolute freedom of negotiation between the attorney or public prosecutor and the defendant. As a result, the prosecution has the freedom to offer plea deals with few restrictions, and the defendant may waive their defense by pleading guilty, known as a guilty plea. By doing so, the defendant gives up the constitutional guarantee derived from the principle against self-incrimination in exchange for a more lenient sentence or, in many cases, to avoid the death penalty. The autonomy of the will prevails over traditional criminal law dogmas, such as the mandatory nature of public criminal prosecution and the non-disposability of criminal prosecution. Pragmatism, a philosophical current that originated in the United States in the early 20th century, influenced the utilitarian view that seeks effectiveness in outcomes, speed, and both general and special crime prevention. In Brazil, although there is a movement that draws inspiration from the Common Law system, the break with the traditional positivist system of Civil Law was only partial. The celebrant authority has the autonomy to negotiate a plea agreement, being granted discretion to assess the appropriateness and timeliness of offering a reward sanction in exchange for a significant contribution to the fight against organized crime. However, this is not absolute discretion, but rather regulated, meaning it is limited by the parameters established by Law nº 12.850/13. Thus, it is up to the judge to verify the compatibility of the terms and clauses of the agreement, as well as the benefits offered, with the legal provisions, and the judge may even refuse its approval if it is found to be in conflict with current legislation. The study also sought to systematize the legal provisions according to doctrine, organizing the articles of the law in a logical sequence to provide a clearer and more objective view of the institute. Three stages were identified in the formation of the plea agreement. The first consists of analyzing the prerequisites for the existence of the agreement, which are: a written document, a statement of the contribution, the benefits offered in exchange for the collaboration, and the signatures of the celebrant authority, the collaborator, and their lawyer. Next,

if a plea agreement exists, its validity must be verified, and for that, it is necessary to assess the voluntariness of the person negotiating with the State. This requirement, which is distinct from spontaneity, is so relevant that the judge must interview the collaborator without the presence of the Public Prosecutor's Office or the police authority, depending on who made the agreement. Finally, in the last stage, concerning effectiveness, it is determined whether the agreement will produce legal effects, which depends on the judge's approval of the agreement. This establishes the legal nature of the institute as a procedural legal transaction, through which the Public Prosecutor's Office or the police authority mitigates the effects of criminal prosecution by offering penal leniency in exchange for a voluntary contribution from the perpetrator of a criminal offense, with the agreement being limited by the parameters set by Law n° 12.850/13. In the final stage, the study conducts a critical evaluation of the plea bargain institute, analyzing the collaboration of an imprisoned collaborator and identifying an abuse in the use of pre-trial detention, as well as its distortion to coerce the temporary detainee into cooperating. This contemporary form of psychological torture is a condemnable method that constitutes the crime of abuse of authority, invalidates the plea due to the lack of voluntariness, and harms the entire criminal prosecution process through the annulment of the case. Law n° 12.850/13 already establishes sufficient incentives, such as judicial pardon, the substitution of a custodial sentence with a restrictive rights sentence, faster progression of the sentence regime, and even exclusion from the process by not filing criminal charges. For this reason, there is no justification for the authorities' haste in violating constitutional guarantees in the pursuit of supposed effectiveness. This is a brief summary of the present study.

KEYWORDS: plea bargain, regulated discretion, Law n° 12.850/13, organized crime, criminal effectiveness, plea bargaining, Common Law, legal nature, legal requirements, reward framework, pre-trial detention, voluntariness, imprisoned collaborator.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inc.	Inciso
Min.	Ministro
MPF	Ministério Público Federal
PET	Petição
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL.....	14
2.1. Inspiração no sistema jurídico de <i>commom law</i>	17
2.2. Assimilação com o sistema norte-americano do plea bargaining.....	18
3. A QUESTÃO TERMINOLÓGICA: DELAÇÃO PREMIADA OU COLABORAÇÃO PREMIADA?.....	20
4. DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO	23
5. DOS REQUISITOS LEGAIS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA	26
6. FUNÇÃO DO JUIZ E A SINDICABILIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA.....	29
7. DO VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA PARA DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES REAIS OU PESSOAIS E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA.....	33
8. DOS LIMITES DA PREMIALIDADE NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA	36
8.1. Teorias restritiva e ampliativa.....	39
9. PRISÃO CAUTELAR: REQUISITOS E CARÁTER SUBSIDIÁRIO.....	42
10. DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE COAÇÃO PARA A COLABORAÇÃO PREMIADA: LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE	45
11. A PROBLEMÁTICA DA VOLUNTARIEDADE DO COLABORADOR PRESO.....	49
12. CONCLUSÃO	52
13. BIBLIOGRAFIA.....	53

1. INTRODUÇÃO

A lenta passagem do Direito Penal de sua fase científico-dogmática para a visão utilitarista voltada à eficácia e à pacificação social, teve início no começo da década de 1970 com os estudos de Claus Roxin e a teoria funcional teleológica, na qual o cientificismo acadêmico cedeu espaço à política criminal. As soluções capazes de atender aos fins maiores do Estado Democrático de Direito e a defesa dos valores mais relevantes da coletividade suplantam aquelas ditadas pelo hermetismo filosófico da ciência criminal.

No Brasil, notadamente após a CRFB/88, a visão principiológica do direito influenciou o constitucionalismo penal, fazendo com que o Direito Penal passasse a ter seu foco preponderante na busca da solução mais justa para o caso concreto. A partir de então, os dogmas absolutos que impunham uma jurisdição conflitiva abriram espaço para a autonomia da vontade, a busca do consenso e a priorização do resultado. Abre-se então o chamado espaço de consenso, inicialmente com a Lei nº 9.099/1995 - Lei dos Juizados Especiais Criminais, com a possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo.

Na sua trajetória contínua de desprendimento do tradicionalismo acadêmico, o Direito Penal passou a se deparar com o desafio de combater as organizações criminosas, com sua criminalidade estruturada capaz de ameaçar a existência do próprio Estado de Direito. A criminalidade moderna, fazendo uso dos recursos tecnológicos para iludir os órgãos de controle, e aproveitando-se de sua estrutura piramidal, empregou técnicas modernas de lavagem de dinheiro e com enorme poder econômico aperfeiçoou sua capacidade de simbiose com o Poder Público, corrompendo agentes públicos, patrocinando campanhas eleitorais para eleger políticos e investiu na preparação jurídica de seus membros, a fim de permitir seu ingresso na Magistratura, Ministério Público e nas carreiras policiais.

Nesse contexto, o Estado se viu compelido a aprovar a Lei nº 12.850/13 - a Lei do Crime Organizado, definindo o crime de organização criminosa e introduzindo o instituto da colaboração premiada de forma bem mais eficiente do que os vetustos instrumentos da Lei nº 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos, da traição benéfica no crime de quadrilha ou bando e na delação eficaz da extorsão mediante sequestro. Os benefícios trazidos pela legislação de 1990 eram por demais tímidos e, por essa

razão, não funcionaram.

A colaboração premiada, ao contrário, focada na utilidade da contribuição do colaborador, passou a oferecer prêmios capazes de motivar membros das organizações criminosas a fornecer informações valiosas e capazes de levar a seu desbaratamento. A possibilidade de não oferecimento da denúncia ao colaborador que for o primeiro a delatar, não for o líder da organização e trazer informações inéditas, além de ser um grande atrativo, excepcionou o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e deu um grande passo em direção ao chamado direito negocial.

Atualmente, a colaboração premiada passa a ser um dos mais importantes instrumentos de combate à criminalidade organizada e às tradicionais estruturas de corrupção e desvio de dinheiro público, tráfico de drogas e seres humanos e criminalidade violenta. Daí porque a relevância de proceder a uma análise sistemática do instituto, seus requisitos e sua problemática.

Dentre seus pontos polêmicos encontra-se a delação do colaborador preso, o que tem levado ao abuso na utilização do instituto da prisão preventiva, muitas vezes aplicada ao arrepio da lei, com o exclusivo desiderato de exercer pressão psicológica sobre o agente suspeito. Trata-se de técnica moderna de tortura, definida também como crime de abuso de autoridade e, não raro, tem levado à anulação de grande operações.

Por essa razão, o presente estudo pretende estabelecer, a par de um diagnóstico sobre a origem, estrutura e objetivos da colaboração premiada, também uma apreciação crítica capaz de contribuir para o aperfeiçoamento de sua utilização pelos órgãos de controle, notadamente, Ministério Público e autoridades policiais.

2. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

O instituto da colaboração premiada está inserido no âmbito do denominado direito penal premial, o que sugere, à primeira vista, uma certa contradição entre a tradicional concepção punitiva do Direito Penal, voltada à imposição de uma pena ao infrator, e a moderna dogmática, que admite a negociação processual entre o Estado, titular do *jus puniendi*, e o autor de uma infração penal. No entanto, a eficiência da persecução penal prepondera sobre o aspecto exclusivamente moral de retribuir o mal representado pelo crime praticado pelo colaborador, sendo a renúncia ao direito de punir compensada pelo conteúdo da colaboração, autorizando-se concessões recíprocas nos termos da lei.

Desse modo, ao privilegiar o novo enfoque no resultado, o Direito Penal cede parte de sua irrenunciável estrutura punitiva, cria um novo espaço de jurisdição consensual em substituição à jurisdição conflitiva, e estabelece, como consequência, a salvaguarda de garantias do colaborador, frente à atuação repressiva estatal. Com efeito, surge um inédito espaço de consenso, nos moldes da pioneira Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), só que agora, não mais restrito às infrações de menor potencial ofensivo, mas voltado às infrações de extrema gravidade, como aquelas vinculadas às organizações criminosas.

A fim de se compreender as transformações e os desdobramentos da colaboração premiada no ordenamento jurídico atual, é importante examinar brevemente sua origem no direito brasileiro. Referido instituto tem antigo precursor nas Ordenações Filipinas de 1603, as quais foram sucedidas pelo Código Criminal do Império de 1830.

Como bem apontado pelo jurista Damásio Evangelista de Jesus¹, a parte criminal do Código Filipino, constante no Livro V, Título CXVI, tratava da colaboração premiada sob o título: “*Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão*”, e concedia aos criminosos delatores de delitos alheios, favores legais, o que incluía o perdão total. Após longo interstício, o instituto reapareceu

¹ JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no direito penal brasileiro/ Damásio E. de Jesus. In: **Revista do Tribunal Regional Federal**: 3ª Região, n. 81, p.21, jan/fev.2007.

no ordenamento jurídico em leis esparsas, que, cada qual à sua maneira, disciplinaram o instituto da colaboração premiada.

A Lei nº 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, disciplinou o acordo em seu art. 25, § 2º² (incluído pela Lei nº 9.080/1995), garantindo ao co-autor ou partícipe nos crimes cometidos em quadrilha ou co-autoria, a redução de sua pena de um a dois terços, desde que, através de confissão espontânea, revelem à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa.

Na década de 1990, a previsão da colaboração premiada constou dos seguintes dispositivos: art. 8º, parágrafo único da Lei nº 8.072/1990³ (Lei de Crimes Hediondos); art. 16, parágrafo único (incluído pela Lei nº 9.080/1995) da Lei nº 8.137/1990⁴ (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo); art. 6º da Lei nº 9.034/1995⁵ (antiga Lei do Crime Organizado); Lei nº 9.269/1996, que acabou por dar nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal⁶; art. 1º, § 5º da Lei nº 9.613/1998 (Lei de Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de bens, direitos e valores), cuja nova redação foi dada pela Lei nº 12.683/2012⁷; arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999⁸ (Lei de Proteção a Vítimas e

² § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

³ Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

⁴ Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

⁵ Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

⁶ Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

⁷ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

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

⁸ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e

Testemunhas ameaçadas); art. 32, § 2º da Lei nº 10.409/2002⁹, que veio a ser revogada pela Lei nº 11.343/2006¹⁰, cujo art. 41 passou a prever a colaboração premiada nos crimes de entorpecentes e, por fim, a Lei nº 12.850/13, que se prestou a regulamentar mais detalhadamente o instituto ante os novos desafios representados pela criminalidade organizada no Brasil.

Nesse contexto, as transformações e o aperfeiçoamento das práticas criminosas demonstram que ao Estado não basta se limitar à simples repressão de comportamentos considerados nocivos à sociedade, em uma imagem de afirmação do sistema normativo como sinônimo quase de dissuasão pela ameaça de castigo. Ao contrário, a sofisticação das atividades ilícitas exige a adoção de mecanismos mais estratégicos e técnicas de encorajamento destinadas a incentivar atos socialmente úteis, como o desmantelamento de organizações criminosas.

Na concepção do autor italiano Norberto Bobbio, é possível utilizar a simplificação distintiva consistente em considerar a sanção negativa como um “*male per male*”; e a sanção positiva ou prêmio como um “*bene per bene*”¹¹. Admite-se, assim, que a resposta penal deva ser dinâmica e relativamente elástica, permitindo que sejam feitas adaptações frente aos novos obstáculos enfrentados pelas sociedades modernas, mas, em hipótese alguma, deixando de abandonar a conquista inestimável de um Estado Democrático de Direito: a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo frente à atuação estatal. É com essa ambivalência, em última análise, que se trabalha no presente estudo.

voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

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

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

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

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

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

⁹ Art. 32. § 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

¹⁰ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

¹¹ BOBBIO, Norberto. La funzione promozionale del Diritto. In: _____. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizioni di comunità, 1977. p. 34.

2.1 Inspiração no sistema jurídico de *Common Law*

Em sendo a colaboração premiada um instituto por meio do qual a Justiça Pública flexibiliza a satisfação da sua pretensão punitiva em prol da colaboração do investigado, muitos autores viram nisso uma inspiração no sistema anglo-saxônico da *Common Law*, que tem como um de seus principais pilares o princípio da oportunidade.

Esse sistema, que certamente trouxe alguma idealização à prática da cooperação pós-delitiva de coautor de delito como elemento de prova no processo penal¹², pressupõe ampla liberdade de negociação ao órgão ministerial, permitindo-lhe selecionar a melhor opção no caso concreto, mediante um critério de puro utilitarismo. Nos Estados Unidos, por exemplo, a maioria dos processos criminais terminam em acordo entre acusação e defesa, com o acusado assumindo sua culpa, por meio do *plea guilty*, buscando com isso evitar uma pena maior, como a pena de morte¹³.

As práticas negociais, portanto, vêm favorecidas por um conjunto de fatores que permitem dizer-se que a colaboração processual do imputado com a justiça penal é uma instituição típica do sistema de *Common Law*, sendo a concessão de sanções premiais um dos seus componentes básicos¹⁴.

O postulado regente da persecução penal em países que adotam esse sistema - princípio da oportunidade - confere ao Ministério Público amplo poder de seleção e de condução do processo penal mediante o uso de ferramentas direcionadas à solução do litígio penal com maior eficiência na obtenção de provas substanciais destinadas a apurar delitos de maior gravidade e na aplicação da justiça.

Assim, quando se nota que a Lei nº 12.850/13 permite ao órgão acusatório deixar de oferecer a denúncia ou negociar o perdão judicial em troca de colaboração efetiva do integrante de uma organização criminosa, é forçoso admitir que a sua

¹² VASSALLI, Giuliano. La giustizia penale statunitense e la riforma del processo penale italiano. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (a cura di). **Il processo negli Stati Uniti d' America**. Milano: Giuffrè, 1988. p. 251-269.

¹³ DALEY, Richard M. Il *plea bargaining*: uno strumento di giustizia senza dibattimento. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (a cura di). **Il processo negli Stati Uniti d' America**. Milano: Giuffrè, 1988. p. 151-177.

¹⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. p. 41-42.

adoção no sistema nacional se deu em razão da influência da *Common Law*, que privilegia a liberdade de negociação em busca de maior eficácia na proteção da sociedade, em detrimento de dogmas absolutos e inflexíveis. No *plea guilty*, permite-se a restrição ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, limitando-se a ampla defesa e enaltecendo a supremacia da vontade das partes de buscarem cada qual seu interesse na relação jurídica instalada a partir da infração penal.

2.2 Assimilação com o sistema norte-americano do *plea-bargaining*

É certo que o instituto da colaboração premiada, enquanto derivado do modelo negocial e fundado no princípio da oportunidade e autonomia da vontade, afastou-se do tradicional modelo de jurisdição da *Civil Law*, no qual o Ministério Público tem pouca ou nenhuma margem de flexibilidade.

No entanto, embora tenha inserido a discricionariedade para delitos de elevado potencial ofensivo, não se pode dizer que tenha adotado em sua integralidade o modelo do *plea barganinig* ou *plea guilty* norte-americano.

Isso pois, o modelo nacional não confere às partes liberdade absoluta. Enquanto no sistema da *Common Law*, a admissão de culpa por parte do investigado dispensa qualquer dilação probatória, tomando-se aquilo como verdade absoluta e legítimo o direito de abrir mão do princípio da não autoincriminação, o modelo brasileiro de colaboração premiada condiciona sua eficácia à homologação do acordo pelo juiz, a quem caberá, inclusive, verificar se os termos do ajuste estão de acordo com a lei, se os benefícios foram exagerados ou se a concordância do imputado não foi voluntária.

Diz-se, portanto, que estamos diante de uma discricionariedade regrada, limitada, emparedada por requisitos e condições elencados pelo direito positivo. Esse, aliás, foi o modelo adotado pela Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), tanto no caso da transação penal, quanto da transação processual ou suspensão condicional do processo.

Trata-se de um *plea bargaining* adaptado, um avanço em relação ao tradicional sistema romano-germânico, mas sem a liberdade absoluta do sistema saxônico. Não é legalidade estrita (obrigatoriedade da ação penal), mas flexibilidade discricionária, e não é autonomia absoluta da vontade (oportunidade), mas

discricionarietà regradata.

3. A QUESTÃO TERMINOLÓGICA: DELAÇÃO PREMIADA OU COLABORAÇÃO PREMIADA?

Até o advento da Lei nº 12.850/13, a utilização do termo “delação premiada” para identificar o instituto por meio do qual é possível ao investigado obter benefícios legais delatando seus comparsas, não contou com debates significativos na doutrina e jurisprudência pátria. Com a entrada em vigor da nova legislação, no entanto, referido instituto recebeu a denominação de “colaboração premiada”, alternativa terminológica mais ampla, na medida em que não consiste na mera delação de parceiros de empreitada criminosas, mas de colaboração em todos os sentidos, inclusive em relação a fatos em que são indicados meios de prova distintos da delação. A nova terminologia, portanto, retrata um “instituto bem mais amplo que a delação premiada, até então consagrada em várias leis brasileiras, a qual se restringia a um instituto de direito material”¹⁵.

Certamente, essa nova perspectiva tomou por base o fato de que a Lei nº 12.850/13, em seu art. 4º¹⁶, previu diversos tipos de colaboração, sendo a delação - entendida como a incriminação de terceiros - apenas uma de suas alternativas, as quais incluem, por exemplo, a localização de eventual vítima ou a recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime. Por essa razão, diz-se que o termo

¹⁵ SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**: Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52-53. Assim também: CARVALHO, Natália O. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 97; FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 70, jan.-fev. 2008. p. 257; FERRO, Ana Luiza A.; PEREIRA, Flávio C.; GAZZOLA, Gustavo R. **Criminalidade organizada**: comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 76; FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa C. V. C. **Colaboração premiada**: contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 136-137; LEMOS, Bruno E.; QUINTIERE, Victor M. **Técnicas especiais de investigação no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 136-137; LEMOS, Bruno E.; QUINTIERE, Victor M. **Técnicas especiais de investigação no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 33-34.

¹⁶ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; (Vide ADPF 569)

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

“delação premiada” não descreve adequadamente o conteúdo do instrumento¹⁷.

Ao estabelecer a distinção entre ambas as terminologias, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento de que “a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, disciplinada no ordenamento jurídico pátrio, precipuamente pelos arts. 4º a 7º da Lei nº 12.850/13, e, no âmbito do direito internacional, pelo art. 26 da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional (Convenção de Palermo), da qual o Brasil é signatário, promulgada mediante o Decreto nº 5.015/04. Por sua vez, a delação premiada, espécie do gênero colaboração premiada, traduz-se na cooperação do acusado ou investigado, no sentido de inculpar a prática de infrações penais, por seus eventuais comparsas”¹⁸.

Não obstante, em sentido contrário, parte da doutrina teceu críticas à alteração da denominação para “colaboração premiada”¹⁹, mediante o argumento de que buscou-se, em verdade, “disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui”²⁰.

Segundo Fernanda Osório e Camile Lima, “o abandono do termo ‘delação’ nada mais representa do que a verdadeira burla de etiquetas no qual objetiva-se dar uma visão mais positiva e menos pejorativa do instituto (como se isso fosse possível), a fim de que o agente passe a ser visto como um colaborador da justiça e não um traidor”²¹.

¹⁷ “A designação por alguns termos equívocos, como delação premiada ou arrependidos, não auxilia na tarefa de definir os contornos precisos do instrumento da colaboração processual. O nome delação passa a ideia de que, tendo sido flagrado cometendo o delito, bastaria ao agente entregar crime cometido por outrem, trazendo carga negativa de ordem ideológica e ética ao instituto, marcando posição de cunho pernicioso; além de não servir para identificar corretamente o conteúdo do instrumento; tampouco se enquadra na sua natureza e razão de ser, que abrange condutas cooperativas destinadas ao esclarecimento de delitos, à individualização dos seus autores ou à forma de atuação de organização criminosa, e ainda à recuperação total ou parcial do produto do crime, sem que haja a imputação de fatos a terceiros em duas dessas situações” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: Legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 35-36).

¹⁸ STJ, AgInt no RMS 48.925/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 05/04/2018.

¹⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.79-81.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115. Assim também: SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua (des)conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016. p. 40; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 3. Sobre a carga pejorativa inerente a tal denominação, ver: MARQUES, Antonio S.P. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 60, 2014. p. 40.

²¹ OSÓRIO, Fernanda C.; LIMA, Camile. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei n. 12.850/2013. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (Org.). **Processo penal e garantias: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 156. De modo semelhante: MOSSIN, Heráclito A.; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação Premiada: Aspectos jurídicos**. Leme:

Tal objeção revela-se inconsistente do ponto de vista prático, uma vez que ao Estado não cabe abdicar da obtenção de provas essenciais para o combate a crimes de alta gravidade e complexidade, como aqueles perpetrados por organizações criminosas, a fim de preservar um suposto pacto de lealdade entre os envolvidos na trama delituosa. Como bem apontou Sérgio Moro²²:

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

Em todo o caso, o STF dissipou quaisquer dúvidas acerca da constitucionalidade do instituto, conforme se depreende dos julgamentos dos Habeas Corpus 90.321-5/SP²³ e 90.688-5/PR²⁴.

Dá-se destaque, ainda, à expressão do direito italiano *pentiti*²⁵, utilizada para identificar a delação com a ideia do arrependimento, inserindo um cunho moralizante no instituto. Essa conotação, no entanto, além de possuir natureza ideológica, se afasta da real natureza de negócio jurídico de cunho utilitarista, por meio do qual ambas as partes, quais sejam, autoridade celebrante e colaborador, buscam vantagens recíprocas mediante uma negociação processual. O investigado ou processado que opta pela delação nem sempre, ou, mais precisamente, raramente, está imbuído de um arrependimento genuíno; pelo contrário, busca somente fugir do rigor das consequências jurídicas da infração penal que praticou.

Assim, identificar a colaboração com uma reflexão moral do autor de um crime é ignorar sua real motivação, daí porque a expressão “arrependido” não corresponde à realidade da imensa maioria dos casos de delação - tanto que não é incomum que delatores voltem a delinquir tão logo tenham a oportunidade de fazê-lo.

JHMizuno, 2016. p. 155.

²² MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ. Brasília, n. 26., jul./set. 2004, pp. 58-59.

²³ STF, 2ª Turma, HC 90321/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 2/09/2008 2ª Turma. Publicação: DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008.

²⁴ STF, 1ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008.

²⁵ “São considerados *pentiti* aqueles sujeitos que confessam seus próprios crimes e proporcionam à autoridade informações necessárias para a reconstrução do fato e a individualização dos participantes (...)” (BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). **Delação premiada**: Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5).

4. DA NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada consiste em um instituto multifacetário, que pode ter a sua natureza jurídica fixada a partir de diferentes ângulos, de acordo com o enfoque jurídico que se pretenda conferir.

O STF, em sede de julgamento do HC nº 127.483/PR²⁶, transformado em *leading case*²⁷, e que teve como relator o Ministro Dias Toffoli, solidificou o entendimento de que a colaboração premiada, por expressa determinação legal contida no art. 3º, inc. I, da Lei nº 12.850/13, não é prova e não vale como prova, mas deve ser considerada como um meio de obtenção da prova.

Isoladamente, que não tem valor probatório, mas que pode indicar o caminho para a produção de arsenal probatório relevante, revelando fatos ou estratégias que podem ser demonstrados mediante métodos investigativos como a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou a quebra de sigilo financeiro, bancário e fiscal.

Na oportunidade, o acórdão destacou que a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”.

Assim, a colaboração somente se mostrará hábil à formação do convencimento judicial se corroborada por outros meios idôneos de prova, conforme disposição do art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13.

Na mesma decisão, ponderou-se que, além de meio de obtenção de prova, o acordo de colaboração premiada enquadra-se na categoria de negócio jurídico processual, uma vez que seu objeto compreende concessões recíprocas, tendo, de um lado, a eficaz cooperação do imputado para a fase investigativa e processual, e, de outro, a flexibilização das consequências penais decorrentes do cometimento de uma infração penal, mediante a concessão de benefícios legais, que podem chegar até mesmo à não aplicação de pena.

²⁶ HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

²⁷ *Leading case* é uma decisão que tenha constituído uma regra importante, em torno da qual outras gravitam que cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito nos EUA. São Paulo: RT, 1999, pp. 40-42.

Como negócio jurídico, possui todas as características gerais desse ato bilateral de conteúdo negocial. Como bem ressaltado no voto, conforme o ensinamento do professor e jurista Antônio Junqueira de Azevedo²⁸:

Negócio jurídico é 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.

O acordo de colaboração premiada, como negócio jurídico processual, detém a natureza de declaração bilateral de vontade “dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo.”²⁹ No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim afirmam que o compromisso de cooperar com a persecução penal se dá sob a promessa um futuro prêmio. “Essa reciprocidade entre as parcelas que cabem a cada parte no acordo é que caracteriza o seu sinalagma”³⁰.

Na condição de negócio jurídico processual, a colaboração leva à superação dos tradicionais dogmas absolutos do Direito Penal tradicional, para consagrar a supremacia da vontade autônoma das partes, as quais podem dispor livremente sobre os termos do acordo de colaboração. Assim, cabe exclusivamente a elas, embora nos limites estritos da lei - já que não se trata de uma liberdade absoluta, mas de uma discricionariedade regrada - acordar qual o conteúdo da cooperação e qual o benefício correspondente.

A fim de sanar quaisquer questionamentos, a Lei nº 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime, acrescentou o art. 3-A na Lei nº 12.850/13, reforçando a orientação do STF no sentido de que: “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Não obstante a posição consolidada da Suprema Corte e o enunciado normativo vigente, Gustavo Badaró³¹ observa que, embora a natureza mista da

²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **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.

²⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. **Revista Jurídica**, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004, p. 53.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – Um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13). p. 193.

³¹ BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria T hereza de

colaboração premiada possa gerar grandes desafios, as declarações do colaborador, quando reforçadas por outros elementos de convicção, podem ser avaliadas como meio de prova, ainda que com a restrição do § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13.

Esse entendimento não contesta que o depoimento do colaborador, quando isolado, não tem valor probatório e tampouco indiciário, na medida que não autoriza nem o recebimento da denúncia, nem medidas restritivas de caráter pessoal (Lei nº 12.850/13, art. 4º, § 16, incs. I e II).

No mais, segundo Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila³², sob uma perspectiva de Direito Penal, a colaboração premiada pode ser classificada como uma causa de supressão ou liberação total ou parcial de pena, pois, embora a infração penal já tenha se aperfeiçoado como fato típico, antijurídico e culpável, o colaborador não receberia a imposição de pena da forma como previsto na legislação criminal. Sua pena pode ser extinta pelo perdão judicial, consistente em causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, inc. IX) ou reduzida de até dois terços (Lei nº 12.850/13, art. 4º, *caput*).

Essa modificação nas consequências penais em decorrência do acordo entre a autoridade celebrante e o colaborador possibilita que o Estado renuncie ao seu direito de punir por razões de política criminal, a fim de incentivar a cooperação dos envolvidos para a obtenção de informações estratégicas no combate ao crime organizado.

Nota-se, assim, a natureza jurídica multifacetada da colaboração premiada, que transita por várias classificações a depender da abordagem adotada em torno do instituto.

Assis [Org.]. **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 136.

³² CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal**. vol. 153/2019.

5. DOS REQUISITOS LEGAIS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

No julgamento do mencionado HC nº 127.483/PR³³, o STF, com base na doutrina do professor Antônio Junqueira de Azevedo, estabeleceu que o negócio jurídico processual da colaboração premiada deve ser efetuado em 3 (três) etapas sucessivas:

- (a) existência, a fim de verificar se o negócio é existente ou um nada jurídico;
- (b) validade, onde se analisa se o negócio que existe é nulo ou válido;
- (c) eficácia, na qual se atesta se o negócio jurídico que existe e também é válido, está apto a produzir efeitos na órbita jurídica.

Na análise do primeiro plano, que é o da existência, os elementos do acordo de colaboração premiada estão previstos no art. 6º da Lei nº 12.850/13, *in verbis*:

Art. 6º. O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Constatada sua existência, é necessário aferir se o ato jurídico que existe é válido ou nulo. Segundo o mencionado acórdão, na validade “(...) a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’). Validade, é, pois, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. ‘Válido’ é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas.”

Para ser válida, a colaboração premiada deve conter os seguintes requisitos:

- a) declaração de vontade do colaborador resultante de um processo volitivo, em que haja plena consciência da realidade e escolha com liberdade;
- b) declaração de vontade do colaborador deliberada sem má-fé;
- c) e conteúdo autorizado pela Lei nº 12.850/13. Aliás, o próprio art. 4º, *caput* e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13 preveem como requisitos de validade do acordo, a voluntariedade da manifestação de vontade do agente, a regularidade e a legalidade do conteúdo e dos benefícios oferecidos, não havendo liberdade absoluta dos celebrantes para pactuar fora do manto legal.

³³ Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/08/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-021 04-02-2016

Superados os planos da existência e da validade, a teor do HC nº 127.483/PR, chega-se ao plano da eficácia: “o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13)”.

Para a Suprema Corte, a homologação constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração premiada, sem o qual não serão produzidos os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes. A decisão homologatória não julga o mérito da pretensão acusatória, apenas resolve uma questão incidente, limitando-se a se pronunciar sobre a regularidade do acordo de colaboração premiada, a legalidade de seus termos e a voluntariedade do agente colaborador, de acordo com o previsto no art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13. O negócio jurídico da colaboração está, portanto, submetido ao efetivo controle jurisdicional.

Essa atuação judicial consiste em um juízo de mera deliberação, expressão derivada da metáfora “sentir com os lábios”, ou seja, degustar, no sentido de que o juiz não ingressa no exame profundo do mérito, mas apenas nos aspectos externos e formais do negócio processual, aferindo sua adequação aos requisitos cogentes previstos na lei.

Com efeito, no entendimento da Suprema Corte, a autoridade jurisdicional não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, e tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores, mas pode, nos termos do § 8º do art. 4º da Lei em comento, recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

Se faltar um dos elementos essenciais ao negócio jurídico, dos quais depende sua existência, como, por exemplo, um relato escrito contendo a descrição da atividade de cooperação a ser desenvolvida pelo imputado e a sanção premial a que fará jus o colaborador (art. 6º da Lei nº 12.850/13), ou a sua validade, como a voluntariedade do agente colaborador, ficará impossibilitada sua homologação, do que resultará sua completa ineficácia, entendida como inaptidão para produzir qualquer efeito na esfera legal.

A atividade de cooperação deve ser descrita da maneira mais concreta possível, de modo a permitir, nas palavras do jurista Luigi Ferrajol, “a verificabilidade ou refutabilidade da hipótese premial e sua comprovação empírica, em virtude de

procedimentos que possibilitem tanto a verificação quanto a refutação.”³⁴

Como juízo de mera delibação, a homologação não implica que o magistrado tenha admitido como verídicas ou idôneas as informações fornecidas pelo agente, não cabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se na discricionariedade das partes para estipular as obrigações do colaborador e a sanção premial correspondente. O magistrado, por expressa determinação legal, não participa nem mesmo das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo (art. 4º, § 6º da Lei nº 12.850/13).

Nos Estados Unidos da América, como regra, essa prática também é vedada no sistema do *plea bargaining*. Conforme destaca Albergaria há:

Textos normativos que vedam pura e simplesmente a participação do juiz nas negociações (é o que se passa ao nível federal), outros que permitem uma intervenção que não seja desencadeadora da negociação (o caso de Illinois), e ainda aqueles que não põem limites a essa participação (como acontece na Flórida e na Carolina do Norte).³⁵

Embora não tomando parte nas negociações, conforme imposto pelo sistema pátrio, o juiz poderá, no momento da homologação do acordo, durante a realização da audiência, indagar o colaborador acerca das circunstâncias nas quais referido acordo foi negociado, no intuito de auferir a voluntariedade do colaborador ou qualquer outro vício (Lei nº 12.850/13, art. 4º, § 7º).

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 38-41.

³⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007. p. 79.

6. FUNÇÃO DO JUIZ E A SINDICABILIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Como lembra o juiz Rodrigo Capez, invocando a tradução em Caldas Aulete, “no léxico, sindicatar significa ‘fazer sindicância’, ‘inquirir’.”³⁶

Mais adiante, o jurista esclarece que “sindicatar o acordo de colaboração premiada implica escutriná-lo com rigor, examiná-lo minuciosamente.”³⁷

De acordo com o § 7º do art. 4º da Lei nº 12.850/13, a função do juiz, no momento da homologação do acordo, implica em examinar os elementos de existência (art. 6º, da Lei nº 12.850/13) e os requisitos de validade, tais como a voluntariedade do colaborador, a regularidade e a legalidade dos termos do negócio jurídico.

Desta feita, competindo ao magistrado a tarefa de escrutinar o acordo, o termo sindicabilidade pode ser entendido como a atividade delibatória pela qual o juiz, ao analisar os elementos de existência e os requisitos de validade da colaboração, a submete ao seu controle jurisdicional, conferindo-lhe eficácia, por meio de sua decisão homologatória³⁸.

Nos termos do art. 4º, § 9º, da Lei nº 12.850/13, “depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações”.

No entanto, antes de homologá-lo, o § 8º do mesmo art. possibilita ao juiz recusar a homologação da proposta que “não atender aos requisitos legais”, determinando às partes que reajustem os seus termos, adequando-os às disposições legais pertinentes, fase que não se confunde com aquela prevista no art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13, segundo a qual “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

Quando do ato de homologação, o juiz deve realizar o controle formal do acordo

³⁶ AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Delta, 1964.v. 5. p. 3751.

³⁷ CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: Maria Thereza de Assis Moura; Pierpaolo Cruz Bottini. (Org.). **Colaboração Premiada**. 1ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 201.

³⁸ No mesmo sentido desta definição, conferir CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: Maria Thereza de Assis Moura; Pierpaolo Cruz Bottini. (Org.). **Colaboração Premiada**. 1ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 201.

de colaboração premiada, ao passo que, no julgamento de mérito da ação penal, deverá aferir a eficácia da colaboração, verificando o cumprimento do compromisso assumido pelo colaborador no negócio jurídico, a fim de atribuir-lhe a sanção premial correspondente ao grau de efetividade da colaboração.

Como decidido pelo STF no citado HC nº 127.483/PR, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do agente colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, sob pena de vulneração do princípio da segurança jurídica, do que decorre o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração premiada. Dessa forma, a sanção premial estipulada tem de ser concedida como forma de cumprimento pelo Estado de sua parte no acordo, sendo esta uma contraprestação legítima ao colaborador que adimpliu a obrigação assumida.

O zelo no exercício desse controle jurisdicional é imprescindível para garantir a tutela dos direitos fundamentais, tanto do colaborador quanto de eventuais delatados, evitando abusos e garantindo a integridade e a legalidade do processo.

Rodrigo Capez indaga, se uma vez homologado o acordo de colaboração premiada, caberia, no momento da sentença final, uma nova verificação dos requisitos de validade do acordo. Levanta também se, na hipótese de ter ocorrido a homologação de alguma cláusula contrária à lei, tal falha poderia ser corrigida no momento da sentença³⁹. Para o autor,

(...) após sua homologação, o acordo de colaboração somente poderá ser revisitado em face de ulterior base empírica idônea que o autorize, vale dizer, em razão de questões fáticas supervenientes, não se admitindo na sentença a glosa de cláusula com fundamento em mera interpretação jurídica diversa daquela adotada no primitivo juízo de deliberação.

No Plenário do STF, por ocasião do julgamento de questão de ordem na Petição (PET) 7.074/DF⁴⁰, relator Min. Edson Fachin, o tema foi debatido. De acordo com o então Ministro Ricardo Lewandowski, o juízo de homologação feito pelo relator é precário e efêmero, eis que limita-se à análise superficial da regularidade, legalidade e voluntariedade, requisitos estes que, em um segundo momento, serão submetidos

³⁹ CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: Maria Thereza de Assis Moura; Pierpaolo Cruz Bottini. (Org.). **Colaboração Premiada**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 208.

⁴⁰ Pet 7074 QO, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017.

ao exame do juiz natural (Colegiado), como corolário do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A seu ver, a decisão monocrática do relator não vincula o Colegiado, havendo, no julgamento do mérito, nova possibilidade de se sindicarem o acordo homologado, em face de uma eventual ilegalidade.

Destacou o Ministro Ricardo Lewandowski que cabe ao Colegiado, juiz natural da causa, a “última palavra relativamente à legalidade e a constitucionalidade das cláusulas e condições que foram ajustadas no acordo de colaboração premiada”, bem como que “não se pode subtrair do Colegiado e tornar definitiva a cognição sumária, a cognição efêmera do relator, quando examina, em meio a uma série de pedidos, inclusive medidas cautelares, a homologação numa primeira abordagem, uma primeira perspectiva”.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, ressaltou que não se pode negar o espaço de controle do acordo, por ocasião da sentença, razão pela qual a sua própria validade pode ser revista na sentença, conforme os parâmetros de apreciação da validade dos negócios jurídicos em geral.

Em sentido diverso, emprestando maior força ao princípio da segurança jurídica, o Ministro Roberto Barroso pontuou que, uma vez homologado o acordo de colaboração, só resta verificar se foi ou não cumprido, ressalvadas hipóteses excepcionais de nulidades absolutas derivadas, por exemplo, de coação sobre o colaborador ou suborno.

Na mesma linha, o Ministro Dias Toffoli entendeu que o controle de legalidade das cláusulas do acordo tem de ser feito na fase de homologação, em atenção ao princípio da segurança jurídica. Em seu entendimento, a Lei nº 12.850/13 é expressa ao determinar que a fase para a sindicabilidade das cláusulas negociais é a de sua homologação e não da futura sentença final.

Ressaltou que, de acordo com o § 11 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, a fase da sentença limita-se a verificar a correspondência entre o que foi acordado e os resultados da atividade de colaboração previstos no art. 4º, I a V, da Lei nº 12.850/13.

Destacou, ainda, a ressalva da existência de vícios graves como o erro, dolo, coação, fraude ou simulação, contemporâneos ao acordo, e que somente venham a ser descobertos após a sua homologação, caso em que seria admissível seu reconhecimento posterior, por ocasião da sentença final de mérito.

Diante de tão intenso debate, identifica-se a tendência do STF, manifestada no

juízo da Petição (PET) 7.074/DF, quanto à impossibilidade de o acordo homologado ser revisto na sentença final, salvo no caso de nulidades graves capazes de comprometer a validade da colaboração enquanto negócio jurídico, que venham a ser descobertas após a decisão homologatória.

7. DO VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA PARA DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES REAIS OU PESSOAIS E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA

O § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, incluído pela Lei nº 13.964/19, restringiu o valor indiciário das declarações do colaborador, realçando que a colaboração é apenas um meio de prova, não tendo valor probatório para fins de lastrear uma sentença condenatória, nem indiciário, uma vez que não pode, isoladamente, autorizar nem o recebimento da denúncia, nem a decretação de medidas cautelares.

A colaboração do agente, por si só, já era incapaz de viabilizar um decreto condenatório, mesmo na antiga redação do art. 4º, § 16 da Lei nº 12.850/13. A atual redação ampliou a natureza não probatória das declarações do colaborador, agora não apenas quanto à sua inidoneidade para lastrear sentenças condenatórias, mas também para a decretação de medidas cautelares, sejam elas reais ou pessoais, bem como para supedanear o recebimento da denúncia ou queixa-crime.

A nova legislação revela, portanto, uma preocupação em evitar que acusações infundadas ou distorcidas possam conduzir a injustiças ou precipitações.

No aspecto probatório, a colaboração premiada sempre enfrentou resistências consideráveis, sobretudo devido a seu efeito didaticamente imoral, que “incentiva” a traição em troca de benefícios pessoais, além da capacidade de gerar distorções no tratamento de criminosos que cometeram o mesmo delito, beneficiando aqueles que se adiantam em relação aos demais, com o objetivo de obter vantagens pessoais, muitas vezes, em prejuízo da justiça.

Nessa linha, Manzini afirmava não ser conveniente, além de ser ilógico, dar valor de testemunho às declarações do corréu em relação ao fato alheio, seja por razões de moralidade, seja para evitar tentativas de vingança, extorsões ou chantagens⁴¹.

Munhoz Conde alerta quanto ao risco de conferir valor probatório à palavra do corréu, o que pode levar a todo tipo de distorções, chantagens e acordos que selecionem alguns criminosos como alvos prioritários e outros como merecedores de beneplácitos da Justiça. De acordo com esse autor, isso pode converter o processo

⁴¹ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale italiano*. 6. ed. v. III. Torino: UTET, 1970, p. 313-14.

penal em uma fonte de injustiças e tratamentos discriminatórios por parte da Polícia e do Ministério Público, com a conseqüente retirada das acusações contra uns, para obter a condenação de outros, de acordo com critérios de excessivo subjetivismo⁴².

Diante dessas posições antagônicas quanto à admissibilidade, as vantagens e riscos trazidos pela colaboração premiada, a posição moderada entre negar-lhe qualquer valor probatório, de um lado, ou atribuir-lhe credibilidade total, de outro, a inovação trazida pelo Pacote Anticrime adotou um caminho intermediário, qual seja, admitir a validade do instituto, mas com um valor probatório atenuado, o que significa que apesar de ser admitida para fins de formação da convicção judicial, a pura e simples declaração do agente não se mostra suficiente para fundamentar, isoladamente, a decretação de quaisquer das medidas previstas no § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13.

Há, nesse ponto, uma restrição significativa ao princípio do livre convencimento judicial, com uma certa inclinação ao sistema da prova legal, na medida em que o juiz, ainda que convencido da veracidade do conteúdo de uma delação não confirmada por outros elementos de prova, não poderá levá-la em conta na sua tomada de decisão.

De fato, isoladamente, a colaboração premiada é uma prova inidiônea, já que a lei não a considera sequer prova, mas meio de obtenção de prova.

A Lei nº 12.850/13, no § 16 de seu art. 4º, no entanto, não especifica quais são os elementos de corroboração necessários para que um fato delatado seja considerado verdadeiro, mas apenas determina a invalidade da colaboração premiada como elemento isolado de prova, uma espécie de *prova legal negativa*⁴³.

Verifica-se, portanto, que o legislador não estabeleceu, abstratamente, o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço ao princípio da presunção de inocência, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável⁴⁴.

Trata-se, assim, da denominada *regra de corroboração*, na qual o conteúdo da colaboração processual precisa ser confirmado por outros elementos de convicção⁴⁵. Esse elemento probatório capaz de conferir-lhe credibilidade pode ser qualquer um

⁴² CONDE, Francisco Munhoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003, p. 83-84.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, **Consulex**, n 443, fevereiro 2015, p. 26-29

⁴⁴ AMODIO, Ennio. Libertà e legalità nella disciplina della testimonianza. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1973, p. 232.

⁴⁵ SEIÇA, Antonio Alberto Medina de. **O conhecimento probatório do coarguido**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 205.

autorizado por lei e admitido pelo juiz como idôneo a formar sua convicção⁴⁶.

A Lei nº 12.850/13 também não define a natureza dos meios probatórios a partir dos quais serão obtidos os elementos de corroboração do conteúdo da colaboração. Em tese, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas, entre outros⁴⁷.

Questão interessante é a da colaboração corroborada única e exclusivamente por outra colaboração, cujos relatos se apresentam como coincidentes e coerentes, a chamada "*mutual corroboration*" ou corroboração cruzada.

Isso se dá quando a colaboração do corréu "A", atribuindo um crime ao corréu "B", é corroborada pela colaboração do corréu "C".

Não se pode olvidar, entretanto, que a regra do § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 não autoriza a interpretação de que a colaboração premiada, que não é elemento de prova, possa nisso se transformar ao ser confirmada por outra colaboração. Na verdade, não sendo nenhuma das duas colaborações elemento probatório, nenhuma poderá servir, isoladamente, como elemento de confirmação da outra, sendo inadmissível como prova a delação cruzada.

Assim, se a delação "nua", isto é, sem um elemento de confirmação, é, por si, inidônea para justificar uma condenação⁴⁸, certamente o cruzamento entre duas delações nenhum efeito probatório terá.

Neste, como em outros casos, a gestão do risco deve ser pautada em prol da proteção à liberdade e da excepcionalidade de sua restrição, sendo mais prudente absolver o delatado culpado, quando a única prova contra este é baseada em uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um inocente, embora contra ele existam delações cruzadas⁴⁹.

⁴⁶ GREVI, Vittorio. Le 'dichiarazioni rese dal coimputato' nel nuovo Codice di Procedura Penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1991, p. 1174.

⁴⁷ BEVERE, Antonio. **La chiamata di correo**. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale. Milano: Giuffrè, 1993, p. 132. No sentido de que elementos indiciários também podem servir para corroboração: DELL'ANNA, Tiziana. L'esame del coimputato in reato connesso e la chiamata di correo. In: GAITO, Alfredo (Coord.). **La prova penal**. V. II. Torino: Utet, 2008, p. 571.

⁴⁸ BEVERE, Antonio. Op. cit., p. 141.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, **Consulex**, n 443, fevereiro 2015, p. 26-29.

8. DOS LIMITES DA PREMIALIDADE NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Ao introduzir no sistema pátrio o instituto da colaboração premiada, o legislador, desde o início, teve a cautela de limitar o âmbito de sua aplicação, mediante a adoção de um critério de discricionariedade regrada, evitando, assim, conferir liberdade absoluta para a negociação processual. Com efeito, diferentemente do modelo norte-americano da *plea bargaining*, a autoridade celebrante, seja ela o representante do Ministério Público, seja o delegado de polícia, está adstrito à observância dos requisitos legais e ao rol de benefícios estabelecido em lei. Assim é que, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.850/13, em seus incisos e parágrafos, se encontram delineados os benefícios que podem vir a ser concedidos e os requisitos para que isso seja possível.

Pois bem. Nos incisos I a V deste art., a lei estabeleceu as condições para que o colaborador alcance os beneplácitos pactuados no acordo, sendo que, para a obtenção da sanção premial, o agente deve proporcionar um ou mais dentre os seguintes resultados: (i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (II) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (III) a prevenção das 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.

Daí se se nota que não existe liberdade absoluta para a negociação processual, tanto que o próprio art. 4º, § 7º, inc. III, da Lei nº 12.850/13, dispõe que o juiz, antes de proceder à homologação do acordo, deverá analisar a “adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo.” No mesmo sentido, o § 8º do referido art., deixa claro que “o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias”.

Deve, portanto, haver uma proporcionalidade entre os benefícios concedidos e os resultados alcançados ou fixados como meta, na medida em que, conforme o disposto no art. 3º-A desta lei, o acordo de colaboração premiada pressupõe utilidade e interesse público. Os órgãos encarregados da persecução penal estão abrindo mão

de uma atividade vinculada, como a investigação e processo criminais, com vistas à satisfação da pretensão punitiva do Estado, em prol de um objetivo mais abrangente do ponto de vista do benefício para a sociedade, não podendo tal negociação se basear exclusivamente na vontade da autoridade celebrante.

A discricionariedade regrada que orienta a negociação processual se encontra inserida na opção constitucional pelo espaço jurisdicional de consenso, com a observância do princípio da legalidade, segundo o qual a atividade administrativa, em todos os seus aspectos, é atividade vinculada e restrita ao campo de atuação fixado e delimitado por lei.

Não é por outra razão, que, nos termos do § 1º do art. 4º da lei, o legislador exige que se leve em conta, em qualquer caso, para a concessão do benefício, “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.”

Nesse ponto, a lei inseriu um critério de proporcionalidade, segundo o qual deve ser sopesada a relação custo-benefício entre a contribuição do delator e a flexibilização do direito de punir.

No que tange aos benefícios, a lei igualmente procurou evitar uma liberdade absoluta na negociação, o que poderia gerar distorções com tratamentos diversos para casos semelhantes, a depender da maior ou menor boa vontade da autoridade celebrante. Pretendeu-se evitar que o colaborador escolhesse com quem iria negociar, uma vez que poderia fazer uma espécie de leilão de benefícios entre o Ministério Público e a autoridade policial, sem contar que o sistema poderia se desorganizar, com benefícios maiores sendo concedidos para colaborações menos eficazes ou para delinquentes mais graduados na estrutura da organização criminosa.

Deste modo, o art. 4º, *caput*, limitou os benefícios que podem ser concedidos, ao dispor que “o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder 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.”

Assim, os benefícios podem fazer com que a colaboração premiada assuma a natureza de causa extintiva de punibilidade, mediante a concessão do perdão judicial (CP, art. 107, inc. IX), desde que, no entender da autoridade celebrante e, mais adiante, do juiz que irá homologar o acordo, a colaboração tenha sido de grande valia. Pode, ainda, sempre dentro do critério de proporcionalidade, ditado pela relação

custo-benefício, consistir em causa obrigatória de redução de pena de até 2/3 ou de substituição por restritiva de direitos.

Como já dito, a variação entre tais benefícios dependerá do grau de contribuição do colaborador, nos termos dos cinco incisos que se seguem ao *caput* do art. 4º, que elencam as formas e graus de colaboração. Logo, é evidente que a consecução de todos os objetivos previstos nos cinco incisos pode conferir uma premialidade maior do que a de apenas um deles, e assim por diante.

A proporcionalidade se revela com grande clareza no § 2º do art. 4º, segundo o qual:

Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial.

Como se nota, a utilidade e o interesse público, afirmados no art. 3º-A da Lei nº 12.850/13, orientam a todo o tempo o desenrolar das negociações.

A lei em questão, ao mesmo tempo que impede a liberdade absoluta na fixação dos benefícios, oferece ampla variedade para a autoridade celebrante perseguir o interesse público, por meio da flexibilização da persecução penal. Tanto é que, nos termos art. 4º, § 4º, permite até que o Ministério Público deixe de oferecer a denúncia, criando uma inédita causa de exclusão do processo para crime de elevado potencial ofensivo, se o colaborador trazer informações inéditas, desde que não seja o líder da organização e seja o primeiro a colaborar (art. 4º, § 4º, I e II).

No § 4º-A, o legislador esclarece o conceito de informação inédita como aquela que ainda não motivou a instauração de inquérito policial ou procedimento investigatório pelo Ministério Público.

A colaboração premiada pode ser até mesmo incidente na execução da pena, aplicando-se também ao sentenciado, nos termos do § 5º do art. 4º: “se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos legais.”

Vê-se, assim, que as partes estão adstritas aos benefícios previstos em lei, muito embora haja grande variedade e flexibilidade na sua avaliação. Não existe, entretanto, liberdade absoluta ou discricionariedade plena, informada exclusivamente por critérios de conveniência e oportunidade da autoridade celebrante. Nesse

contexto, como visto, é de notória importância a tarefa do magistrado de “aumentar ou diminuir as vantagens legais conforme a maior ou menor eficácia da participação investigativa do imputado⁵⁰”.

Verifica-se, portanto, que os prêmios concedidos ao colaborador variam de acordo com o momento processual em que o acordo é formalizado, motivo pelo qual os autores José Joaquim Gomes Canotilho e Nuno Brandão⁵¹ defendem a existência de duas formas de colaboração premiada, quais sejam: a pré-sentencial e a pós-sentencial.

8.1 Teorias restritiva e ampliativa

A previsão expressa dos beneplácitos que podem vir a ser concedidos ao agente colaborador trouxe à tona importantes discussões acerca da possibilidade de aplicação de benefícios não previstos em lei, trazendo à lume o debate sobre os limites à liberdade negocial das partes na colaboração premiada. A divergência consiste em determinar se o rol de prêmios contido na Lei nº 12.850/13 seria taxativo ou meramente exemplificativo.

Nesse aspecto, a posição ampliativa é baseada no sistema da autonomia da vontade da *Common Law*, sobrepondo-se a qualquer limite legal quanto à ampla liberdade de negociação entre as partes. Nessa linha, o rol de benefícios premiais seria meramente exemplificativo, vez que o critério utilitarista do interesse maior da eficácia da persecução penal e da defesa social sobreleva as limitações formais do direito positivo.

Um exemplo dessa linha de interpretação ampliativa pode ser extraído dos métodos aplicados durante a chamada Operação Lavajato, tomando-se como exemplo, um dos primeiros acordos celebrados, que foi entre o MPF do Paraná e o colaborador Paulo Roberto Costa⁵². Referido acordo contou com inúmeras inovações

⁵⁰ CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de Lima. Delação Premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo Gomes. **Ciências Criminais** – articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.247.

⁵¹ CANOTILHO, J.J.G.; BRANDÃO, N. Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146º, nº 4000, p. 16-38, set./out. 2016. p. 16-38.

⁵² Acordo de colaboração firmado nas ações penais nº 5026212-82.2014.404.7000 e 502567671. 2014.404.7000 e na representação nº 5014901-94.2014.404.7000, todos perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclcfindmkaj/https://www.conjur.com.br/wp->

extralegais relacionadas à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada e a forma de seu cumprimento. Admitiu-se, no caso, que o início da pena se desse em regime semi-aberto, com uma rápida passagem à prisão domiciliar, em retribuição à efetiva colaboração por ele ofertada.

No sentido restritivo, Guilherme Nucci assevera que o acordo de colaboração premiada não pode combinar leis penais, retirando benefícios de uma para combinar com os de outra, já que tal postura implicaria em legislar, criando uma nova lei não discutida e votada pelo Poder Legislativo⁵³.

Ainda na mesma vertente, Canotilho e Brandão⁵⁴ defendem que a outorga das benesses extralegais são inaceitáveis, eis que essas técnicas não são admissíveis em um meio de obtenção de prova que diga respeito a direitos fundamentais de terceiros, como é o caso da colaboração premiada. Em outras palavras, a lei estabelece os limites legais para que o colaborador seja incentivado a apontar o envolvimento de terceiros, não podendo a autoridade celebrante ir além do que a lei permite em termos de benefícios.

A concepção ampliativa adotada, por exemplo, na Operação Lavajato, faz dura crítica à defesa do rol taxativo, afirmando que esta acaba por inverter a lógica do instituído da colaboração premiada. Tal concepção defende uma maior liberdade para adaptar o acordo às peculiaridades de cada caso concreto, de acordo com o grau de utilidade social da contribuição.

Nesse sentido, Luísa Walter da Rosa entende que seria plenamente possível a oferta de prêmios distintos daqueles contidos na lei, respeitados apenas os limites dos direitos e garantias fundamentais impostos pela Constituição Federal⁵⁵.

Adepto da corrente ampliativa, o Ministério Público Federal, em maio de 2018, emitiu uma orientação definindo novas diretrizes a serem observadas pelos membros da Instituição na condução das negociações dos acordos de colaboração premiada⁵⁶.

content/uploads/2023/09/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto-1.pdf. Acesso em: 29 set. 2024.

⁵³ NUCCI, Guilherme. Há limites para o prêmio da colaboração premiada?. **ConJur**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-03/guilherme-nucci-limites-premio-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 30 set.2024.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J.G.; BRANDÃO, N. Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146º, nº 4000, p. 16-38, set./out. 2016. p. 30.

⁵⁵ ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração premiada**: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador. Florianópolis: EMais, 2018. p. 66.

⁵⁶ RIOS, Rodrigo Sanchez Rios; FARIAS, Renata Amaral. Norma do MPF sobre delação mostra preocupação com conduta de membros. **ConJur**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018jun-12/opiniao-norma-mpf-delacao-mostrapreocupacao-condutas>>. Acesso em: 30 set. 2024.

Os itens 26 e 27 da Orientação Conjunta 01/2018 preveem negociações que ultrapassem os benefícios estipulados pela lei, tais como a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, das regras de progressão de regime, da suspensão condicional da pena e do processo, da suspensão do prazo prescricional e da aplicação de institutos como remissão, detração, dentre outros.

A nosso ver, a posição ampliativa, que confere absoluta liberdade à autoridade celebrante para fixar as cláusulas do acordo de colaboração premiada, desnatura o modelo restritivo adotado pelo legislador, consentâneo com a discricionariedade regrada, própria do sistema da *Civil Law*.

A tentativa de adoção do modelo norte-americano da *Common Law*, implica em permitir à autoridade celebrante atuar fora do âmbito de autorização conferido pela Lei nº 12.850/13.

Se nosso sistema conferisse liberdade absoluta para as partes negociarem benefícios, não haveria necessidade de a Lei nº 12.850/13 elencar quais os benefícios que podem ser concedidos, nem de determinar ao juiz que fiscalizasse a adequação do acordo à lei no momento de sua homologação.

Aos órgãos encarregados da persecução penal cumpre obedecer à lei, dentro de um critério de legalidade estrita, e não inová-la, uma vez que não lhes cabe a missão constitucional de legislar.

Finalmente, a posição ampliativa vulnera direitos constitucionais dos terceiros delatados, mediante a oferta de incentivos premiais não previstos em lei, o que ofende a segurança jurídica e as garantias constitucionais do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, inc. LIV). Por essa razão, a posição restritiva é a que mais se adequa ao sistema pátrio.

9. PRISÃO CAUTELAR: REQUISITOS E CARÁTER SUBSIDIÁRIO

A Constituição Federal de 1988, fundada sob a égide do Estado Democrático de Direito, previu em seu art. 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inc. LIV) e que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inc. LVII).

Isso significa que, em nosso sistema constitucional, a liberdade é a regra e a sua privação, antes de uma condenação definitiva, exceção, que só pode ser imposta diante de comprovada e inequívoca necessidade; vale dizer, desde que o acusado represente perigo atual e concreto para a sociedade ou para o processo.

Diz-se, assim, que a urgência, a imprescindibilidade e o caráter instrumental das providências antecipatórias são fundamentais para sua regularidade, não se admitindo que a prisão do acusado durante o processo configure antecipação de pena ou humilhação por motivo de vingança social⁵⁷.

No que diz respeito especificamente à prisão preventiva, o professor Fernando Capez afirma, em artigo de sua autoria⁵⁸, publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, que para que fique caracterizada a cautelaridade, deverá estar ancorada sob os elementos do *fumus comissi delicti*, consistente na demonstração de elementos mínimos de existência do crime e indícios de autoria; e do *periculum libertatis*, sustentado no perigo de o acusado, em liberdade, corromper a ordem pública ou econômica, causar inconveniente durante a instrução criminal ou impedir a aplicação da lei penal (art. 312 do CPP).

Nesse sentido, as hipóteses de cabimento da prisão antes da condenação final estão expressas nos dispositivos do CPP, dentre os quais, o mencionado art. 312, que exige para a custódia cautelar, dentre um dos requisitos acima descritos, prova da existência do crime, bem como indícios suficientes de autoria. No mais, os motivos capazes de justificar a prisão processual devem se vincular a uma situação contemporânea⁵⁹.

⁵⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 279.

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. Contemporaneidade e prisão preventiva. **ConJur**, 2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jul-07/controversias-juridicas-contemporaneidade-prisao-preventiva/> Acesso em: 07 de outubro de 2024.

⁵⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª edição. São Paulo: SaraivaJur. 2021, p. 706.

Esse, aliás, é o entendimento da Suprema Corte⁶⁰:

(...) 6. A contemporaneidade diz respeito aos motivos ensejadores da prisão preventiva e não ao momento da prática supostamente criminosa em si, ou seja, é desimportante que o fato ilícito tenha sido praticado há lapso temporal longínquo, sendo necessária, no entanto, a efetiva demonstração de que, mesmo com o transcurso de tal período, continuam presentes os requisitos (i) do risco à ordem pública ou (ii) à ordem econômica, (iii) da conveniência da instrução ou, ainda, (iv) da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (...).

Para que seja decretada uma medida tão extrema como a prisão sem pena é necessária a comprovação da urgência, uma vez que, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, o estado do indivíduo é o de não culpabilidade, cabendo, assim, ao Ministério Público, o ônus da prova (CRFB/88, art. 5º, inc. LVII).

A prisão preventiva somente poderá ser decretada se fundamentada em fatos novos e atuais, conforme prevê o § 2º do art. 312 e o art. 315, § 1º, ambos do CPP. Além disso, antes de decretar a prisão preventiva, o juiz é obrigado a consultar o cabimento de uma das medidas alternativas contidas no art. 319 do CPP, entendimento este reforçado pela Suprema Corte⁶¹:

1. A prisão cautelar é medida de ultima ratio (Inq. 3.842 AgR-segundo-AgR, Min. Dias Toffoli; HC 183.653 AgR, Min. Roberto Barroso; Rcl 41.387 ED-AgR, Min. Ricardo Lewandowski), sobretudo quando medida cautelar diversa é suficiente para afastar eventual perigo gerado pelo estado de liberdade. 2. A imposição de medida alternativa à prisão revela-se suficiente e adequada à contenção do perigo associado ao estado de liberdade, sobretudo quando presentes elementos autorizadores da substituição da prisão preventiva (...).

A prisão preventiva, portanto, tem natureza residual e subsidiária. O art. 282, § 6º do CPP é expresso nesse sentido:

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Deste modo, somente após verificar que nenhuma das medidas alternativas do art. 319 do CPP seria suficiente, é que seria admissível a prisão preventiva.

⁶⁰ STF, HC 192519 AgR-segundo, Relator (a): Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 15/12/2020, p. 10/02/2021.

⁶¹ STF, HC 188.727 AgR-segundo, 2ª Turma, Relator: Min. Nunes Marques, j. 31/11/2021.

Por esse motivo, as colaborações efetuadas por investigados submetidos à prisão provisória devem merecer redobrada atenção dos juízes na aferição de sua voluntariedade, devendo ser consideradas nulas quando a restrição da liberdade tiver sido imposta fora das hipóteses legais, com o intuito de forçar o sujeito a delatar. As delações de colaboradores presos não são necessariamente nulas, mas não terão nenhum valor quando a prisão provisória tiver sido imposta sem o requisito do *periculum libertatis*, isto é, sem urgência, ou em desacordo com as exigências legais, porquanto neste caso ficará evidenciado que o único risco existente seria o de que não houvesse delação.

10. DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE COAÇÃO PARA A COLABORAÇÃO PREMIADA: LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

A coação moral para fins de obtenção da colaboração do agente (sob pena de prisão preventiva) configura grave violação à lei e flagrante desvirtuamento do instituto da prisão cautelar, uma vez que retira da colaboração o pressuposto de validade exigido pela lei - a voluntariedade, comprometendo a sua credibilidade.

A utilização da prisão provisória como método para extrair delações relembra os processos inquisitos medievais, cercados de sigilo e tendo a tortura como método legítimo de extrair a verdade. A confissão tinha valor absoluto e era perseguida desde o início pelo inquisitor. Nessas condições, como é de se esperar, o coacto tende a dizer exatamente aquilo que dele se exige, mesmo que não seja a verdade, prejudicando e comprometendo a lisura, a legalidade e os objetivos da persecução penal, que são o de apurar a autoria de uma infração penal de acordo com o devido processo legal.

Quanto a prisão preventiva é decretada fora das hipóteses legais; vale dizer, com desvio de finalidade, a consequente delação operada pelo preso perde qualquer valor e não pode ser acoimada de voluntária para nenhuma finalidade processual.

O fato de ter sido decretada pelo Poder Judiciário não presume sua legitimidade; não importa a instância decisória que tenha imposto a prisão, uma vez que os requisitos legais são claros e a CRFB/88 não admite presunção de culpabilidade, nem antecipação de pena privativa de liberdade, sem o devido processo legal, com os recursos inerentes à ampla defesa.

Embora a legislação autorize delações de presos, o STF considera que as “delações são legítimas desde que a prisão seja legal” (entrevista ao Roda Viva, TV Cultura, em 10/06/2024)⁶².

Aliás, a delação obtida mediante pressão psicológica é definida como crime pela Lei nº 13.869/19 (Lei de Abuso de Autoridade), cujo art. 13, inc. III, tipifica a conduta de constranger o preso ou o detento a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro. Trata-se de um desdobramento lógico do princípio do contraditório e

⁶²Disponível em <https://www.poder360.com.br/justica/delacoes-sao-legitimas-desde-que-a-prisao-seja-legal-diz-barroso> Acesso em: 08 de out. de 2024.

da ampla defesa (art. 5º, inc. LV da CRFB/88), bem como do estado de inocência (art. 5º, inc. LVII da CRFB/88), mesmo porque, a Carta Magna, em seu inc. LXIII do art. 5º, garante que ninguém será obrigado à autoincriminação.

Nesse sentido, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, nº 2, "g", prevê que "toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada" e, ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14.3, "g", que toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, "de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada."

O direito ao silêncio é manifestação de uma garantia maior, inculpada no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer prejuízo jurídico para o imputado.⁶³

O STF já se pronunciou contra o emprego abusivo de prisões provisórias para forçar delações, anulando acordos de colaboração por vício de vontade. Como destacado pelo jurista Fernando Capez, em artigo publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico*⁶⁴, no julgamento da Reclamação nº 43.007/DF (relator: Ministro Dias Toffoli), a Suprema Corte entendeu que o colaborador deve estar isento de pressões decorrentes de prisões ilegais, qualificando as delações assim obtidas, como o "verdadeiro ovo da serpente dos ataques à democracia e e às instituições que já se renunciavam em ações e vozes desses agentes contra as instituições e ao próprio STF" e uma "verdadeira tortura psicológica, UM PAU DE ARARA DO SÉCULO XX, para obter provas contra inocentes".

Referido autor também deu destaque ao acórdão relativo ao HC nº 127.483/PR, por meio do qual o STF concluiu ser:

(...) manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão

⁶³ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 116/117.

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. Prisão para delatar, além de ilegal, é abuso de autoridade. **ConJur**, 2024.. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-mar-28/prisao-preventiva-para-provocar-delacao-analise-juridica/#:~:text=Conv%C3%A9m%20tamb%C3%A9m%20observar%20ser%20crime,crime%20de%20abuso%20de%20autoridade> Acesso em: 08 de out. de 2024.

temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou a confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal.⁶⁵

A doutrina em peso condena essa prática como arbitrária, criminosa e ilegal. Nesse sentido, Flávio da Silva Andrade afirma:

É manifestamente ilegítimo e abusivo, a pretexto de estarem presentes os fundamentos autorizadores (art. 312 do CPP), decretar ou manter prisões cautelares com o propósito de forçar colaborações premiadas. Nas palavras de Rosmar Rodrigues Alencar, 'não há autorizativo à aplicação do 'dilema do prisioneiro', a fim de empurrar o investigado a delatar'. Nos casos em que a privação da liberdade se revelar desnecessária, caracterizando coação indevida, 'com sugestão ao agente para colaborar sob promessa de prêmio', haverá de ser reconhecido o vício no acordo, por falta de real liberdade psíquica no que tange à manifestação volitiva.⁶⁶

A corrente utilitarista que defende ampla liberdade para a colaboração premiada, em sua busca ilimitada pela defesa social, acaba por incorrer na máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, fazendo, com isso, mau uso do instituto da colaboração premiada.

O incentivo para que o investigado, réu ou sentenciado colabore com a Justiça são os prêmios taxativamente elencados pela Lei nº 12.850/13, sendo inadmissível sua ampliação no sentido de tornar a colaboração um jogo onde tudo vale para obter a delação. A retomada dos métodos brutais do processo inquisitivo tem levado a sucessivas nulidades de processos que envolvem casos de grande clamor popular, nos quais o açodamento em produzir resultados que satisfaçam o sentimento social de justiça, acaba levando à violação da lei e à produção de provas ilícitas.

A prisão preventiva, que deveria ser a *ultima ratio*, imposta apenas nas hipóteses de urgência e necessidade para garantia da eficácia da persecução penal, transformou-se em pernicioso método de investigação, principalmente voltada à finalidade estratégica de forçar uma delação. O resultado, como não poderia ser outro, são depoimentos falaciosos, destinados a satisfazer os interesses dos investigadores, nem sempre republicanos, os quais permitem a consecução do objetivo imediato de ambas as partes.

De um lado, o colaborador se livra da coação ao seu direito de ir e vir, bem

⁶⁵ Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, publicado em 04/02/2016

⁶⁶ ANDRADE, Flávio Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador : JusPodivm, 2018, p. 199-200.

como de outras formas de tortura psicológica praticadas sob o manto do sigilo da investigação, e de outro, a autoridade celebrante atinge seu objetivo imediato: obter a todo custo alguma informação, verídica ou não.

11. A PROBLEMÁTICA DA VOLUNTARIEDADE DO COLABORADOR PRESO

Uma das principais críticas, senão a maior, feita com relação à possibilidade de se ter como válida uma delação premiada, sobretudo quanto ao preenchimento do requisito da voluntariedade, reside na hipótese em que o candidato à delação esteja encarcerado, pois estaria, nestas condições, sujeito à coação para colaborar em troca de sua liberdade⁶⁷.

O STF tem entendido que a decisão de colaborar não depende necessariamente da liberdade de ir e vir.

A propósito, o Ministro Dias Toffoli, no voto condutor do HC nº 127.483/PR, ponderou que:“(...) requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção”.

De fato, a lei não proíbe a colaboração da pessoa presa, mas na hipótese de alguém estar preso em razão de uma decisão judicial arbitrária e ilegal, incluindo as prisões decretadas por tribunais superiores, a ausência de voluntariedade deve ser presumida.

Nesse sentido, o próprio STF admite que o fator determinante para a colaboração premiada é a ausência de coação, mas ainda não avançou no entendimento da ilegalidade da colaboração derivada da prisão ilegal.

Não é necessário, portanto, que o agente colaborador esteja solto para que o acordo seja considerado válido, mas é imprescindível que, preso ou solto, o ato não tenha sido afetado por vícios de consentimento, notadamente, o vício da coação.

Se a prisão preventiva foi ilegal, a arbitrariedade com potencial para excluir da delação sua voluntariedade se encontra na origem.

Segundo Rodrigo Capez:

O que importa é a voluntariedade da colaboração e a sua aptidão, em tese, para alcançar o resultado probatório pretendido, uma vez que a exigência de elementos externos de corroboração de suas declarações para condenação do delatado constituirá o necessário antídoto para eventual desejo de prejudicar terceiros⁶⁸.

Assim, a questão é definir critérios objetivos capazes de aferir a involuntariedade, do contrário, o método continuará sendo o de chamar o colaborador

⁶⁷ BITTAR, Walter Barbosa. Op. cit., p. 175.

⁶⁸ CAPEZ, Rodrigo. Op. cit., p. 221.

solto após a delação e perguntar se ele agiu voluntariamente, sob pena de retornar à prisão.

A colaboração premiada, que possui natureza de negócio jurídico processual, só é possível quando o colaborador, submetido ao regime restritivo da prisão preventiva, possuir liberdade para decidir, ou seja, quando não for vítima de coação ou de outros vícios do consentimento que impeçam a livre manifestação da sua vontade.

A análise da voluntariedade, assim, deve se basear na existência ou na inexistência da liberdade psíquica do colaborador preso. Contudo, considerar, em qualquer cenário, que a prisão preventiva afeta apenas a liberdade física, mantendo o delator psicologicamente livre para decidir, é uma posição desprovida de sentido jurídico e de prático.

Walter Barbosa Bittar⁶⁹, dando ênfase ao voto do Ministro Relator Marco Aurélio na ADPF 347⁷⁰, apontou que, no ambiente carcerário, onde a insuficiente tutela do Estado quanto à higidez física e integridade psíquica do preso e violação generalizada de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro é uma realidade latente, não se consegue aferir, com total segurança, a existência de pressão psicológica, traduzida em humilhações, provocações e situações constrangedoras as quais o candidato à delação é submetido, o que comprometeria, sem dúvidas, uma análise isenta se, de fato, houve o exercício livre da vontade de colaborar com os órgãos responsáveis pela persecução penal.

É inegável que a prisão influencia a liberdade psíquica do preso.

Na ausência dos requisitos legais da prisão preventiva, surge a coação ilegal em torno do direito de locomoção, configurando uma presumida subtração da liberdade psíquica do preso. Deste modo, a colaboração feita durante prisão preventiva considerada ilegal a qualquer tempo não possui validade. Tal delação será tão inválida quanto àquela obtida mediante tortura física ou psicológica, outra hipótese de crime, neste caso tipificado no art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.455/1997 (Lei dos Crimes de Tortura).

Na mencionada ADPF 347, a Suprema Corte afirmou que “os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito

⁶⁹ BITTAR, Walter Barbosa. Op. cit., p. 175.

⁷⁰ ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 09-09-2015.

à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as 'masmorras medievais'."

É por essa razão que o recolhimento ilegal de qualquer pessoa ao cárcere cria uma atmosfera de arbítrio e ilegalidade em relação ao preso, que não há como admitir que sua delação tenha sido voluntária, quando todas as circunstâncias indicam o contrário - que estava disposto a tudo, inclusive a mentir, para fazer cessar o constrangimento ilegal a que estava submetido.

Não se pode cobrar do colaborador liberdade para decidir, quando sua opção é permanecer no cárcere em condições sub-humanas. Aqui não há livre negociação, mas submissão às exigências do verdugo, travestido de agente ou autoridade pública. A prisão ilegal para forçar a delação é a tortura medieval adaptada aos tempos modernos de Estado de Direito meramente formal.

A prisão preventiva ilegalmente decretada, triste hábito que se tornou comum no Brasil, atua como decisivo instrumento de coerção sobre o colaborador. Nesse caso, há necessidade de se exigir que o Estado comprove que a liberdade psíquica do preso e sua voluntariedade estejam presentes.

12. CONCLUSÃO

A colaboração premiada é um negócio jurídico que flexibiliza o sistema tradicional e rígido do Direito Penal e Processual Penal, no qual o Ministério Público é sempre obrigado a oferecer a denúncia, quando identifica a hipótese de atuação, sem qualquer margem de discricionariedade para fixar a política criminal adequada ao caso concreto. Nela, assegura-se autonomia da vontade para as partes envolvidas no acordo, com a ressalva de que não se trata de liberdade absoluta, mas limitada pelos parâmetros legais, com a fiscalização do juiz. Trata-se, portanto, de uma discricionariedade regrada, na qual os pressupostos de existência, validade e eficácia estão rigorosamente delineados pela legislação, e onde os benefícios premiais são somente aqueles exhaustivamente elencados.

O ato de homologação da colaboração premiada é crucial para garantir que as partes envolvidas, notadamente o agente colaborador, tenham plena consciência das obrigações e consequências do acordo. O juiz, ao verificar a legalidade e a voluntariedade da delação, tem o dever de constatar se a decisão de colaborar foi tomada sem qualquer tipo de coação ou pressões indevidas, justamente a fim de evitar que o sistema penal se utilize de meios ilegítimos para alcançar seus objetivos.

Nota-se, ainda, a função do instituto da colaboração premiada como ferramenta de política criminal, especialmente no enfrentamento de crimes de difícil elucidação e elevada gravidade, como aqueles relacionados à criminalidade organizada.

A possibilidade de se conceder prêmios previstos em lei estimula a cooperação com a persecução penal e permite a obtenção de provas fundamentais no desmantelamento de organizações criminosas, mas, ao mesmo tempo, levanta sérios questionamentos acerca da manutenção das garantias individuais.

Nesse contexto, a aferição da voluntariedade é requisito essencial para a validade e, mediante prévia homologação, eficácia. Trata-se de exigência fundamental para que o conteúdo da delação seja o mais próximo possível da verdade. Por essa razão, prisões preventivas decretadas ilegalmente para forçar a colaboração, não apenas configuram crime de abuso de autoridade, mas presumem a ausência de voluntariedade do ato e, deste modo, fulminam de nulidade absoluta, insanável, o ato da colaboração, a qual, nesse caso não pode ser chamada de premiada, mas de extraída.

13. BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

AMODIO, Ennio. Libertà e legalità nella disciplina della testimonianza. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1973.

ANDRADE, Flávio Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2018.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Delta, 1964.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **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.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis [Org.]. **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, **Consulex**, n 443, fevereiro de 2015.

BEVERE, Antonio. **La chiamata di correo**. Itinerario del sapere dell'imputato nel BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). **Delação premiada**: Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOBBIO, Norberto. La funzione promozionale del Diritto. In: _____. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizioni di comunità, 1977.

CANOTILHO, JYG; BRANDÃO, N. Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146º, nº 4000, p. 16-38, set./out. 2016.

CAPEZ, Fernando. Contemporaneidade e prisão preventiva. **ConJur**, 2022.

CAPEZ, Fernando. Prisão para delatar, além de ilegal, é abuso de autoridade. **ConJur**, 2024.

CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: Maria Thereza de Assis Moura; Pierpaolo Cruz Bottini. (Org.). **Colaboração Premiada**. 1ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal.** vol. 153/2019.

CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de Lima. Delação Premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo Gomes. **Ciências Criminais** – articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONDE, Francisco Munhoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal.**2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003.

DALEY, Richard M. Il *plea bargaining*: uno strumento di giustizia senza dibattito. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (a cura di). **Il processo negli Stati Uniti d' America.** Milano: Giuffrè, 1988.

DELL'ANNA, Tiziana. L'esame del coimputato in reato connesso e la chiamata di correo. In: GAITO, Alfredo (Coord.). **La prova penal.** V. II. Torino: Utet, 2008..

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – Um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo penal.** Salvador: JusPodivm, 2016 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13).

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 70, jan.-fev. 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRO, Ana Luiza A.; PEREIRA, Flávio C.; GAZZOLA, Gustavo R. **Criminalidade organizada:** comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa C. V. C. **Colaboração premiada:** contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GREVI, Vittorio. Le 'dichiarazioni rese dal coimputato' nel nuovo Codice di Procedura Penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1991.

JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro/ Damásio E. de Jesus. In: **Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª Região**, n. 81, p.21, jan/fev.2007.

LEMOS, Bruno E.; QUINTIERE, Victor M. **Técnicas especiais de investigação no**

processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 136- **penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal.** 18ª edição. São Paulo: SaraivaJur. 2021.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Processuale Penale italiano.** 6. ed. v. III. Torino: UTET, 1970.

MARQUES, Antonio S.P.A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 60, 2014.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. **R. CEJ.** Brasília, n. 26., jul./set. 2004.

MOSSIN, Heráclito A.; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação Premiada: Aspectos jurídicos.** Leme: JHMizuno, 2016.

NUCCI, Guilherme. Há limites para o prêmio da colaboração premiada?. **ConJur**, 2017.

OSÓRIO, Fernanda C.; LIMA, Camile. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei n. 12.850/2013. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (Org.). **Processo penal e garantias: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: Legitimidade e procedimento.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. **Revista Jurídica**, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração premiada: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador.** Florianópolis: EMais, 2018.

RIOS, Rodrigo Sanchez; FARIAS, Renata Amaral. Norma do MPF sobre delação mostra preocupação com conduta de membros. **ConJur**, 2018.

SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua (des)conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva.** Brasília: IDP, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada.** Salvador:

JusPodivm, 2016.

SEIÇA, Antonio Alberto Medina de. **O conhecimento probatório do coarguido**. Coimbra: Coimbra, 1999.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**: Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52-53. Assim também: CARVALHO, Natália O. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito nos EUA. São Paulo: RT, 1999.

VASSALLI, Giuliano. La giustizia penale statunitense e la riforma del processo penale italiano. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (a cura di). **Il processo negli Stati Uniti d' America**. Milano: Giuffrè, 1988.