



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
BACHARELADO EM DIREITO**

MAGDIEL DE SOUZA LIMA

**A REGRA DA UTILIDADE E O PODER DE BARGANHA
PENAL NA COLABORAÇÃO PREMIADA**

Brasília,
Junho, 2020

MAGDIEL DE SOUZA LIMA

**A REGRA DA UTILIDADE E O PODER DE BARGANHA
PENAL NA COLABORAÇÃO PREMIADA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP.

Orientador: Prof. Me. Fernando Parente.

Brasília,
Junho, 2020

MAGDIEL DE SOUZA LIMA

**A REGRA DA UTILIDADE E O PODER DE BARGANHA
PENAL NA COLABORAÇÃO PREMIADA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP.

Orientador: Prof. Me. Fernando Parente

Brasília - DF, 19 de junho de 2020

Prof. Me. Fernando Parente
Professor Orientador
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Me. Bruno André Silva Ribeiro
Membro da Banca Examinadora
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Marcio Gesteira Palma
Membro da Banca Examinadora
Professor convidado

A REGRA DA UTILIDADE E O PODER DE BARGANHA PENAL NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Magdiel de Souza Lima

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da colaboração premiada 2. Colaboração Premiada enquanto política criminal?. 3. O papel do Ministério Público na justiça colaborativa. 4. O poder Judiciário e a Justiça negociada. 5. Paridade das armas na colaboração premiada. 6. Colaboração Premiada e a regra da utilidade consagrada pelo “Pacote Anticrime” – Lei nº 13.964/2019. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

RESUMO

A colaboração premiada, instituto de forte alicerce negocial, tem sido cada vez mais utilizada pelos agentes estatais (Ministério Público e Polícia), o que demonstra um crescente expansionismo da justiça penal negociada. O presente artigo aborda a dogmática acerca da colaboração premiada, bem como o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário diante dessa nova quadra. No que diz respeito àquele Órgão, busca-se compreender de que maneira a negociação entre o colaborador e o agente negociador pode se dar em paridade. Perscruta-se, ao final, entender a regra da utilidade trazida pelo Pacote Anticrime e os seus corolários no que diz respeito ao poder de barganha do colaborador. Conclui-se que a alteração trazida pela Lei nº 13.964/2019, a qual consagrou a regra da utilidade para a colaboração premiada foi um avanço, no sentido de coibir colaborações premiadas com um sem-número de informações, algumas das quais sequer objeto de investigação.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada; Pacote Anticrime; Barganha Penal; Regra da Utilidade.

INTRODUÇÃO

A colaboração premiada, de forte alicerce negocial, não é novidade no cenário jurídico pátrio. Determinados casos trouxeram maior exposição ao referido instituto,

tais como a Ação Penal nº 470 no Supremo Tribunal Federal, e, mais recentemente, a denominada operação Lava Jato, em trâmite, na primeira instância, na 13ª Vara Federal em Curitiba-PR.

Com o advento da Lei nº 12.850, a colaboração ganhou uma maior estruturação, permitindo que os agentes negociadores tenham uma maior liberdade, até então inexistente, sobre a gestão de informações. Ocorre que não se pode olvidar, nesse novo cenário de justiça negociada, a base fundamental do processo penal, qual seja, servir de garantia contra abusos estatais.

Surge, então, a discussão acerca das possibilidades de utilização da colaboração premiada. O agente estatal, quando se senta à mesa para negociar, se não possuir freios estabelecidos claramente em lei, pode tender a mitigar direitos e garantias fundamentais do colaborador, na medida em que ao *Parquet* ou ao Delegado de Polícia interessa receber o máximo de informações e elementos de corroboração pelo menor custo benéfico.

Noutro giro, é notória a posição de desigualdade entre o agente que deseja colaborar e o Ministério Público. Faz-se mister verificar a existência de instrumentos os quais possam servir para garantir que exista paridade de armas entre os negociadores.

O agente que pretende negociar, quando bate às portas do *Parquet* ou do Delegado de Polícia para negociar tem plena ciência dos ilícitos os quais cometeu, bem como, no mais das vezes, pretende, de fato, colaborar com a justiça. Diante de tal cenário, buscar-se-á analisar o princípio da paridade das armas na colaboração premiada, sem o intento de esgotamento do tema.

Existem limites constitucionais e legais para a atuação do negociador estatal, seja Ministério Público ou Polícia. Nesse compasso, notar-se-á, nas linhas que se seguem, uma clara tendência do legislador de limitação da utilidade da colaboração premiada, qual seja, alcançar somente os fatos do processo ou inquérito ao qual está vinculado.

Daí o presente trabalho busca engendrar em que medida a regra da utilidade é ferramenta efetiva para a limitação do poder estatal frente à desigualdade de armas

negociais do colaborador. Perscruta-se, também, se tal instrumento foi positivo para o agente que pretenda colaborar com a Justiça, pois pode haver mitigação do poder de barganha para o colaborador.

Antes de mais nada, será discutido o que vem a ser colaboração premiada, bem como tratar-se-á acerca do perene expansionismo da negociação no âmbito penal. O que leva ao tópico seguinte do presente trabalho, que cuida em observar o referido instituto como política criminal, em que se busca verificar a importância de outra visão acerca das atribuições institucionais dos atores que lidam com o direito penal.

Por ser a colaboração premiada uma nova forma de lidar com o direito penal, perscrutar-se-á, nos tópicos quatro e cinco, o papel do Ministério Público e do Judiciário na justiça negociada, na medida em que a visão tradicional de, por exemplo, a obrigatoriedade da ação penal, parece merecer ser revisitada.

Já no tópico sexto, será tratado de tema umbilicalmente ligado à discussão central do presente trabalho, qual seja, a colaboração premiada e a paridade das armas. Inexiste utilidade em colaboração em que não houve paridade de armas entre os negociantes, em que somente uma das partes dita as regras, bem lida diretamente acerca dos fatos que serão objetos do acordo.

No âmago do tema, tratar-se-á da regra da utilidade, bem como de que maneira tal instituto deve ser tratado na prática, quando o agente estatal se sentar à mesa para negociar quais devem ser os limites balizadores dessa atuação, bem como de que maneira tal instituto liga-se à barganha penal por parte do agente colaborador.

Ao final, conclui-se que o novel legal, ao trazer expressamente a necessidade de a colaboração ser útil aos fatos investigados foi um avanço, na medida em que retira a possibilidade de haver abusos por parte dos agentes estatais que atuem na elaboração do acordo. Verificou-se, também, que o poder de barganha do agente colaborador, em determinados casos, pode vir a ser prejudicado.

1. DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é favor de não persecução ou de pena a autor do crime que, além da confissão, revela e traz provas de outros agentes e produtos do crime¹. Tal instituto foi aprimorado e ganhou maior regulamentação com o advento da Lei nº 12.850/2013. Houve uma difusão e maior utilização na chamada operação Lava Jato, em que foram feitos mais de 184 acordos².

A referida norma é uma clara demonstração da expansão do consenso na seara penal. De maneira sintética, Brandalise entende a justiça consensual ou negocial como:

Um acordo voluntário acerca do exercício de direitos processuais e que determina o encurtamento do procedimento, na medida em que leva a uma sentença de forma mais acelerada (e que tende a ser mais benéfica ao acusado, já que o réu deixa de utilizar direitos processuais). Além da voluntariedade, devem estar presentes a inteligência/compreensão de seus termos, um substrato fático e a efetiva assistência de um advogado/defensor para sua efetivação (em prol do direito de defesa)³.

É preciso compreender a colaboração premiada como um mercado de compra e venda de informação, por mais que tal visão salte aos olhos dos criminalistas mais tradicionais. Necessário criar, assim, novas perspectivas acerca da atuação estatal diante dessa nova forma de se estabelecer relações jurídicas na seara do direito penal.

Nos primeiros anos da utilização da colaboração premiada, houve intenso debate para se definir qual seria a natureza jurídica do acordo de colaboração.

¹ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada e combate à Corrupção - princípios constitucionais da administração pública regulando o negócio judicial**. in: Regina Tamami Hirose. (org.). Carreiras típicas de estado desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. 1ed.: 2019, p. 333-350.

² **Dados disponibilizados pelo Ministério Público Federal**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lavajato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em 16 de março de 2020.

³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada: negociação de sentença e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 29.

Prevaleceu a corrente de que, em seu âmago, a colaboração premiada nada mais é senão meio de obtenção de prova⁴.

O chamado Pacote Anticrime positivou tal entendimento ao alterar a redação do art. 3º-A, da Lei nº 10.850, da qual se extrai que: “o *acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos*”.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já havia se manifestado acerca do tema, antes mesmo de haver a sua positivação. Entendeu a Corte se tratar a colaboração de um “*negócio jurídico processual personalíssimo*”⁵. Ou seja, as partes autorregulam sua vontade, e, assim, obtêm determinados efeitos jurídicos previstos e permitidos em Lei.

Interessante observar que, por ser meio de obtenção de prova, vige a chamada regra da corroboração⁶, na qual não basta o agente colaborador narrar fatos para que os referidos sejam tidos como verdadeiros. É necessário que se tragam elementos de corroboração, tais como, por exemplo, comprovantes de depósitos (em eventual pagamento de propina), de reuniões, datas, locais, gravações de conversas ambientais, dentre outros.

Registre-se o fato de que é vedada a *mutual corroboration*⁷, em que fatos narrados por um colaborador é suficiente para corroborar a de outro, se idênticos. Se assim não o fosse, a mera pactuação de narrativas seria suficiente para dar início a uma persecução penal contra um indivíduo, conduta obstada pelo nosso ordenamento pátrio.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. Ed. JusPodivm, 2018, p. 812. Como também 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. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 130.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Inquérito nº 4405 AgR**. Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, acórdão eletrônico DJe-064 divulgado em 04-04-2018 public. 05-04-2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595597>>. Acesso em 10 de abril de 2020.

⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 224.

⁷ BADARÓ, Gustavo. **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.

2. COLABORAÇÃO PREMIADA ENQUANTO POLÍTICA CRIMINAL?

Um aspecto que merece ser discutido, principalmente com o advento das alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, diz respeito à atuação do Ministério Público no que se refere à política criminal. Antes de mais nada, é necessário perceber a amplitude hodierna do referido termo.

Política criminal não mais deve ser vista somente como um conjunto de procedimentos repressivos pelos quais o estado reage contra o crime, mas também como função do poder político, que se encontra espalhada pelas três funções estatais.

No Legislativo, ao formular normas, já na função jurisdicional, ao dar um norte quando da aplicação das regras e, por fim, no Executivo, na administração do sistema que coloca em prática as decisões que resultam do processo de criminalização⁸.

Sem querer pintar o cenário atual com tintas sensacionalistas, é clara a necessidade de alteração na política criminal atual, desde a alteração de normas penais, até a mudança nos ambientes em que as penas são cumpridas. Uma das soluções que tem estado em perene debate atualmente está na chamada justiça penal negociada, em que se pretende haver uma maior efetividade na resposta Estatal à infração penal.

Nesse sentido, observando-se o poder judiciário e o Ministério Público enquanto agentes de política criminal, faz-se mister encampar o debate acerca da trivializada morosidade judicial. Há discussões acerca de implementação de cenários de transformação desse quadro, pois inexistente política criminal com uma justiça severamente abarrotada de processos, sem uma capacidade de análise mais aprofundada dos temas que são trazidos.

Um ideário à implementação de um sistema de justiça negociada e com métodos de solução consensual de resolução de conflitos foi a Lei nº 9.099/1995.

⁸ VERAS, Ryanna Pala. **Política criminal e criminologia humanista**. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19876>>. Acesso em 18 de março de 2020.

Neste Juízo os delitos tidos de menor potencial ofensivo eram julgados de maneira diversa ao rito previsto no Código de Processo Penal, havendo um estreitamento de procedimentos, visando à solução mais rápida dos feitos.

Não se desconhece as críticas ao referido regramento⁹, todavia, inegável que a referida legislação, além de valorização da vítima, trouxe uma especialização dos feitos criminais, fazendo com que os delitos com maior reprovabilidade pudessem ser analisados em Juízos distintos, sobrelevando os aspectos positivos advindos da criação da referida Lei.

Noutro giro, não se descuida que a duração razoável do processo nada tem a ver com rapidez com que um feito é julgado, pois “*nem sempre um processo célere traz em si a justiça que se busca, pois nem sempre resguardados com as garantias do devido processo legal*”¹⁰. O presente trabalho parte do pressuposto que efetividade não pode ser buscada ferindo direitos.

Todavia, devem ser perscrutados métodos que, garantindo os direitos fundamentais plasmados na Constituição, venham a diminuir o volume de processos que se encontram pendentes de julgamento no âmbito criminal. A negociação pode possuir o condão de diminuir casos os quais, dada a complexidade, levariam anos para transitarem em julgado, ou mesmo ter sentença de mérito em primeira instância.

A colaboração premiada possui um aspecto dúplice, qual seja, serve como método de investigação, pois os fatos narrados pelo colaborador, conjugado a elementos de corroboração entregues, podem servir como norte em uma linha investigativa. Por vezes determinadas provas não chegariam ao conhecimento Estatal sem o auxílio de um colaborador, o qual, por fazer parte de determinada organização, tem ciência do que ocorre no seu âmago.

Outro aspecto diz respeito a maneira como a colaboração serve de encurtamento dos processos penais, na medida em que o colaborador, salvo exceções acerca de eventual dosimetria de pena e regime de cumprimento de pena,

⁹ WUNDERLICH, Alexandre (Org.). CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 33. Ver também WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 12, n. 47, mar.-abr. 2004, p. 233.

¹⁰ SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

obriga-se, no mais das vezes, no acordo de colaboração a não se utilizar de recursos com intento protelatório.

Conforme afirmado acima, é notório que a colaboração premiada tem se tornado técnica de investigação, principalmente nos chamados crimes de colarinho branco. Para além das críticas fundadas no sentido de que a Polícia ou Ministério Público não podem utilizar tal ferramental como o primeiro e único meio de investigação, é possível notar as razões pelas quais os referidos órgãos têm se valido cada vez mais da colaboração.

Nos crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas, vige uma certa zona de consenso entre os seus integrantes, a qual por vezes é intransponível pelos meios de investigação convencionais, conforme sobredito. Nesses delitos consensuais, o ilícito é praticado no mais das vezes às escondidas, além disso, a especialização dos agentes infratores se torna cada vez mais profissional, seja em uma lavagem de dinheiro, seja na forma como os delitos são praticados.

Dessa maneira, como política criminal, a colaboração premiada é ferramenta apta a adentrar na relação de intimidade dos indivíduos os quais comente os referidos delitos. Faz-se com que um integrante, ao colaborar com a Justiça, traga luz a fatos até então inalcançáveis por parte do corpo investigativo do Estado.

Pensar na justiça negociada é propor solução para que se propicie a missão do direito penal de garantir a proteção dos bens jurídicos essenciais, garantido a coexistência social¹¹, bem como que se efetive garantias fundamentais, utilizando do sistema penal como política criminal¹².

3. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA JUSTIÇA COLABORATIVA

Quando do estudo da justiça penal negociada, indissociável o debate acerca da obrigatoriedade ou não da ação penal. Teria o Ministério Público obrigação, ao se deparar com uma investigação concluída, presentes indícios suficientes de

¹¹ ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2007, p. 42-43.

¹² FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 73-77.

materialidade e autoria, de apresentar denúncia em desfavor do agente? O artigo 24 do Código de Processo penal traz a noção clara dessa indisponibilidade da ação penal?

É bem verdade que a doutrina é remansosa¹³ no sentido de que o Ministério Público não pode dispor da ação penal, vez que “*não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal*”¹⁴. Todavia, faz-se mister tecer comentários em sentido diverso.

No sistema acusatório¹⁵, o exercício do direito de ação provoca a jurisdição penal, cabendo ao Ministério Público tal competência. Atuando como *dominus lictis*, ao deflagrar a ação penal, o *Parquet* desperta o poder punitivo estatal - direito penal subjetivo positivo¹⁶.

Ocorre que na justiça negociada, nos moldes já plasmados na Lei nº 12.850, e com as alterações propostas pelo chamado Pacote Anticrime, faz-se mister uma melhor análise do princípio da indisponibilidade. Uma leitura para a atuação hodierna do Ministério Público pode ser aquela embasada no princípio da oportunidade¹⁷.

A aplicabilidade deste mandamento de otimização – princípio da oportunidade – deve observar balizas previamente estabelecidas e razoavelmente detalhadas em portarias e normas internas do órgão acusador, sendo certo que a atuação do agente estatal deve primar pelos ditames constitucionais. Segundo Prado:

¹³ Nessa toada, cite-se, v. g., JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76-77; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 43; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 530.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: 2009, fls. 114-115.

¹⁵ A grande particularidade do sistema acusatório se dá pela presença de partes distintas, em que o órgão que acusa não é o mesmo que julga. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 590.

¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1 o ao 120)**. 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 36.

¹⁷ LOUISE, Tássia de Moraes Oliveira. **O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em < <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-mito-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-no-ordenamento-juridico-brasilero>>. Acesso em 23 de março de 2020.

A interpretação constitucionalmente adequada do artigo 129, inciso I, da Constituição da República, é esta. Não se trata, apenas, de assegurar ao Ministério Público o monopólio do exercício da ação penal pública, na forma da lei.

[...] Por último, não custa lembrar que a dogmática penal avançou o suficiente para engendrar critérios de definição de crimes, de tipicidade penal, bem mais exigentes que a mera subsunção da tipicidade objetiva tradicional. A potencialidade de dano da conduta, a ofensividade a bens jurídicos, a própria dimensão do dano provocado e o desvalor da ação são elementos que o Direito Penal oferece ao Ministério Público para determinar as hipóteses de atuação ou não¹⁸.

Não se defende, com isso, o resultado a qualquer custo, prevalecendo a vontade de realização do direito material pura e simplesmente¹⁹. Mas sim uma nova conformação do nosso sistema processual, na medida em que “*el principio de oportunidad se funda de un modo autónomo en el principio de “última ratio”*”²⁰.

Desse modo, o novel sistema de justiça negociada traz uma necessidade de mitigação da sistemática da obrigatoriedade da ação penal. A flexibilização do exercício da ação penal é adequada a essa quadra do direito, precipuamente para a colaboração premiada, na medida em que desbarata as organizações criminosas de dentro para fora, com a utilização dos meios de provas obtidos²¹.

Aqui cabe um comparativo entre os institutos despenalizadores da Lei 9.099 no que diz respeito à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ou a positivação do princípio da oportunidade, pois nessa norma está contido o embrião do mencionado dogma.

¹⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Iuris. 3a edição. 2005, p. 129.

¹⁹ Idem, p. 104.

²⁰ BINDER, Alberto M. **Sentido del principio de oportunidad en el marco de la Reforma de la Justicia Penal de América Latina**. <<http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf>>. Acesso em 06 de maio de 2020.

²¹ CARVALHO, João Henrique Messias Conforti de. (2019). **A colaboração premiada como negócio jurídico processual: a validade de benefícios extralegais**. Monografia Final do Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF. 2019, p. 32.

As medidas despenalizadores são aplicáveis para aquelas infrações penais compreendidas como sendo de menor potencial ofensivo. Tais delitos são assim concebidos aquelas as quais a lei não comine pena superior a dois anos, conforme dispõe o artigo 61 do referido diploma legal.

Outro aspecto importante se refere ao fato de que os princípios que regem o Juizado Especial, os quais buscaram dar novo formato aos feitos criminais tidos de menor potencial ofensivo. A vítima também mereceu maior destaque na Lei 9.099, na medida em que se buscou trazer uma forma de justiça restaurativa. Veja-se:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Os institutos despenalizadores são três: (i) a composição civil dos danos; (ii) a transação penal; e (iii) a suspensão condicional do processo. O que se busca evitar com tais institutos é que se transcorra todo o inter normal da ação penal.

Constante nos artigos 72 e seguintes da Lei 9.0900, a composição civil dos danos é instituto que visa à reparação do dano para a vítima. Esse procedimento é preliminar à ação, mas pode ser tentada novamente a composição quando da audiência de instrução e julgamento.

Caso não haja composição civil, parte-se para outra etapa, a qual está disposta no artigo 76 da Lei 9.099. Extraí-se do referido artigo o que vem a ser transação penal, bem como no parágrafo segundo do artigo 76 traz-se os requisitos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - Ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Neste caso, não precisa o suposto autor reconhecer a culpa acerca do fato. Outro ponto importante é que após a assinatura do acordo e homologação do juízo competente, de pronto o celebrante deve cumprir medidas restritivas de direitos e multa. Caso as cláusulas do acordo de transação sejam cumpridas, haverá a extinção de punibilidade do agente.

Por fim, a suspensão condicional do processo, ou *sursis* processual, prevista no art. 89 da Lei 9.099. O referido instituto abrande as infrações penais (crimes e contravenções penais) que não ultrapassem a pena mínima de um ano ou a pena máxima não seja superior a dois anos.

Caso o agente aceite os termos propostos, o processo é suspenso logo em seguida ao recebimento da denúncia, caso esta não seja rejeitada, momento em que se inicia o período de prova, em que o beneficiário se sujeitará ao estrito cumprimento do avençado. Em seus termos, a Lei:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - Proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

No que interessa ao presente trabalho, mais precisamente acerca da mitigação do princípio da obrigatoriedade ou adoção do princípio da oportunidade e conveniência, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a transação penal e a suspensão condicional do processo não são um direito subjetivo do agente. Veja-se:

Observa-se que a negativa do benefício está amparada na ausência dos requisitos previstos no art. 77, II, do Código Penal, referidos pelo art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Para a eventual desconstituição da conclusão das instâncias ordinárias – sobre a suspensão condicional do processo –, seria necessária a incursão no conjunto probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. [...]

O oferecimento da suspensão condicional do processo é um “poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada”.

Nota-se que nos institutos despenalizadores, principalmente a transação penal e a suspensão condicional do processo, a Lei 9.099 foi inovadora no sentido de conceder ao Ministério Público a possibilidade ou não de oferecer a denúncia, ou seja, de não se ver obrigado a em toda e qualquer hipótese, ter como única saída o oferecimento da denúncia.

Obviamente quando se trata de discricionariedade do agente estatal, maiormente aquele que lida diretamente com as liberdades individuais do cidadão, tal discricionariedade é sobremaneira limitada a determinados casos.

Exemplificando, não poderia um promotor deixar de oferecer a suspensão condicional do processo por convicção íntima de que determinado indivíduo não é merecedor de tal benesse legal. Quando se negar a oferecer o *sursis*, deve, dentro de sua liberdade, motivadamente, demonstrar as razões pelas quais se nega a proceder a propositura da suspensão condicional do processo.

Dessa maneira, critérios objetivos devem servir de norte para o agente estatal ao se deparar com a necessidade de optar quando determinada ação deve ser

proposta. Tendo como base elementos claros e objetivos de que uma escolha será mais efetiva que outra.

4. O PODER JUDICIÁRIO E A JUSTIÇA NEGOCIADA

O Poder Judiciário e o processo penal possuem relevância no que diz respeito a salvaguarda de direitos e garantia ao arbítrio estatal. Nesse sentido, a lição de Vicente Greco Filho:

O processo constitucionalmente estruturado, portanto, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia. Costuma-se dizer que o processo penal é o modo pelo qual atua a jurisdição em matéria penal. Esta, fazendo atuar a ordem jurídica penal, deve definir, em relação a um caso concreto, se o acusado é culpado ou inocente, ou seja, se sua conduta constitui, ou não, ilícito penal, determinando a quantidade de pena que a tal fato corresponde. A sentença penal condenatória libera a coação estatal e autoriza, nos limites que fixar, a restrição à liberdade²².

No que diz respeito à atuação do Poder Judiciário na colaboração premiada, há uma perene discussão quanto ao que pode ou não ser feito pelo magistrado ao se deparar com um acordo de colaboração, bem como quais os limites devem ser observados quando da homologação do acordo.

De partida, pode-se extrair da leitura do art. 4º, § 6º da Lei 12.850/2013 a impossibilidade de o magistrado participar das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo. Pierpaolo Bottini destaca que: “*a participação do magistrado na colheita da prova afeta sua imparcialidade, de forma que seu envolvimento no acordo de delação é desaconselhável*”²³.

Parte-se, então, da premissa da impossibilidade da participação direta na elaboração dos termos do acordo. Entretanto, e o que dizer acerca de eventual controle das cláusulas arbitradas? Se magistrado, ao homologar o acordo de colaboração premiada, não pudesse anular cláusulas ilegais ou as que firam direitos

²² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

²³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Delação premiada exige regulamentação mais clara**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>>. Acesso em 11 de abril de 2020.

e garantias fundamentais, abrir-se-ia caminho para uma atuação do *parquet* e da Polícia sem um indispensável controle externo por parte do poder judiciário.

Com o novo cenário da justiça negocial, faz-se necessária uma mudança cultural em relação ao comportamento dos magistrados. Um sopesamento acerca de suas atribuições no que diz respeito à justiça negocial, pois não pode agir em demasia ao ponto de se fazer substituto das partes, nem pouco o suficiente para se tornar figura de mero adereço.

Ressalte-se a importância de o juiz não ser uma figura de mero carimbador de um acordo feito entre o agente negociador estatal e o investigado²⁴, devendo possuir atuação no controle jurisdicional dos termos ajustados, notadamente no que diz respeito a elementos extrínsecos e cláusulas manifestamente.

Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, não deve o magistrado discutir cláusulas arbitradas, salvo aquelas que estiverem em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio. Após a celebração da colaboração entre colaborador e o agente estatal negociador, deve o Poder Judiciário atentar-se aos aspectos formais do acordo, como, *verbi gratia*, segurança jurídica, autonomia das partes, eficiência, lealdade e boa-fé.

Não há uma posição firme e unânime no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca de como deve o magistrado proceder quando da análise da homologação do acordo de colaboração no que diz respeito à apreciação meritória de determinados acordos. Da mesma maneira inexistente manifestação daquela Corte no que diz respeito a uma forma objetiva de se analisar quais cláusulas poderiam ser tidas como ilegais.

Todavia, no julgamento da PET 7.074, o Ministro Alexandre de Moraes se manifestou no sentido de que o magistrado deve fazer um juízo acerca da regularidade formal do acordo celebrado. Indo mais, o referido Ministro afirmou que cabe ao Poder

²⁴ MEDEIROS, Wellington da Silva. **Acordo de não persecução penal: o Judiciário entre a conveniência e a legalidade democrática.** Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/acordo-de-nao-persecucao-penal-2013-resolucao-cnmp-n-181-2017-o-judiciario-entre-a-conveniencia-e-a-legalidade-democratica> >. Acesso em 13 de maio de 2020.

Judiciário analisar, inclusive, os pressupostos fáticos para a sua celebração (motivo).

Veja-se:

Em relação ao acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário somente poderá analisar a legalidade desse “negócio jurídico personalíssimo”, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade devidamente acordado entre o Ministério Público/Polícia e o “colaborador/delator”, que poderão, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito das investigações criminas e a persecução penal.

Além disso, por se tratar de um negócio jurídico personalíssimo, no campo do Direito Público, na análise da regularidade e legalidade do acordo de delação premiada, o Poder Judiciário poderá analisar a veracidade dos pressupostos fáticos para a sua celebração (motivo).

Nesse sentido, assim como no campo do Direito Administrativo, VEDEL aponta a existência de um controle mínimo de todos os atos discricionários do Poder Público – na presente hipótese pelo Ministério Público –, que deverá ser sob o ângulo dos elementos dos atos e contratos administrativos pois, embora possa haver competência do agente, é preciso, ainda, que os motivos correspondam aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, e o fim perseguido seja legal.

O Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a legalidade (VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 320), pois estamos no campo do Direito Público, com a participação do Estado (Ministério Público ou Polícia) nesse “negócio jurídico”.

A regularidade e legalidade da análise do acordo de colaboração premiada, deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, o acordo estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos.

O que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p. 115), pois o exame da legalidade e moralidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pela autoridade que celebrou o acordo de colaboração premiada²⁵.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **PET nº 7074**. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2018 PUBLIC 03-05-2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204385>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2020.

Há julgados mais antigos do Supremo Tribunal Federal afirmando o oposto do sobredito. A título exemplificativo, abaixo trecho de voto de lavra do Ministro Dias Toffoli, o qual afirmou que no momento da homologação do acordo de colaboração premiada:

Não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas, muito menos investigar ou atestar a veracidade ou não dos fatos contidos em depoimentos prestados pelo colaborador ou das informações trazidas a respeito de delitos por ele revelados²⁶.

Já no que se refere aos requisitos de regularidade e legalidade da colaboração premiada, e mais especificamente quanto ao conteúdo das cláusulas nela acordadas, vale acentuar que ao Poder Judiciário cabe apenas o juízo de compatibilidade entre a avença pactuada pelas partes com o sistema normativo vigente

O magistrado deve agir com certa prudência quando se debruça sobre o que é arbitrado entre as partes quando da celebração do acordo, mas é certo que o Poder Judiciário tem o poder de anular cláusulas flagrantemente ilegais, tais como as que: (i) prevejam penas vexatórias e/ou desumanas; (ii) impeçam ou criem obstáculos para o exercício do direito de defesa do colaborador, como a interposição de recursos. Assim agindo, fica garantido que os magistrados não ultrapassem os limites de sua atuação e firam, como consequência, o sistema acusatório.

5. PARIDADE DAS ARMAS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Um ponto que merece maior debate, precipuamente na academia, diz respeito à aplicação do princípio da paridade das armas, essencialmente de aplicação processual, no âmbito da colaboração premiada. Roberto²⁷ entende que paridade não deve ser vista somente como igualdade de condições entre as partes, mas “*também*

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC nº 127.483**. Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.2015, DJe-021 Divulg. 03.02.2016, Public 04.02.2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 11 de maio de 2020.

²⁷ ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo**. 2011. 331f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2011, p. 129.

o nível de reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo”.

É frágil a posição do colaborador, na medida em que sua relutância em auxiliar à justiça se dá por muitos fatores, desde a dificuldade inicial em assumir que cometeu injustos, vez que carece de sentimento de anormalidade nos atos praticados, desde delatar pessoas nas quais conviveu por um determinado tempo, alguns até amigos íntimos.

Mas quando o agente decide colaborar, nos dizeres de Pierpaolo Bottini²⁸, a *“recalcitrância inicial muitas vezes se torna obstinação por juntar provas, corroborar narrativas e mostrar ao mundo que se é uma nova pessoa”*. O colaborador que não se utiliza da colaboração para satisfazer interesses escusos, pode ser tido como aliado do Estado para o desbaratamento de organizações criminosas.

O colaborador deseja que as informações trazidas à lume tenham uma avaliação elevada, de modo que seus prêmios sejam vultuosos, vez que sua postura colaborativa pode desbaratar esquemas criminosos. Todavia, conforme bem salienta Alexandre Moraes da Rosa²⁹, *“os critérios para a fixação do preço são flutuantes e dependem da qualidade, da quantidade, do impacto e da credibilidade do material vendido, enfim, das recompensas”*.

Ou seja, quando bate às portas do Ministério Público ou da Polícia para negociar, o colaborador sabe quais infrações penais cometeu, todavia, não tem ciência em que nível consta investigação em seu desfavor e quais elementos probatórios já foram produzidos.

Para a necessidade de instrumentos que salvaguardem o colaborador para que seja mitigado o poder dos órgãos estatais quando se sentarem à mesa para negociação. Talvez seja caso de um melhor uso de pedidos de prisões preventivas

²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Os dilemas do colaborador. Socióloga italiana publica entrevistas com chefe da Cosa Nostra e expõe as complexidades do jogo da delação premiada.** Disponível em: <https://www.quatrocincoum.com.br/br/resenhas/d/os-dilemas-do-colaborador>. Acesso em 26 de fevereiro de 2020.

²⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. **Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras.** In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarin. (Org.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal.** 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido. 2018, p. 79 – 99.

como forma objetiva de equacionar essa relação³⁰ vez que se o agente público tem ciência que determinada pessoa possui elementos fortes para desbaratar uma organização, mas não tem o desejo de colaborar, não pode, ou não deveria o agente estatal requerer uma prisão preventiva com vistas a pressionar o indivíduo a colaborar.

Por mais que a autoridade negociadora (Polícia ou Ministério Público) represente o Estado, quando se senta à mesa para negociar, não pode possuir os mesmos poderes que teria em uma relação jurídico-processual clássica, como também não pode impor sua vontade ao agente colaborador.

O acordo deve ser, acima de tudo, voluntário, servindo, antes de mais nada, como uma opção defensiva³¹. Inexiste utilidade em colaboração em que não houve paridade de armas entre os negociantes, em que somente uma das partes dita as regras.

6. COLABORAÇÃO PREMIADA E A REGRA DA UTILIDADE CONSAGRADA PELO “PACOTE ANTICRIME” – LEI Nº 13.964/2019

Uma das questões atuais que devem ser balizadas quando da utilização da colaboração diz respeito à sua utilidade ao processo penal. Preocupa-se com colaborações premiadas das quais tenham dezenas de anexos cada qual tratando de fato diametralmente distinto, alguns com pouquíssimos ou nenhum elemento de corroboração capaz de comprovar os depoimentos feitos.

A utilidade como regra se traduz na verificação de que as informações trazidas pelo colaborador foram suficientemente úteis para desbaratar determinada organização criminosa³². Ou seja, é a referida regra que baliza se determinada colaboração premiada será (in)frutífera, tanto para o agente colaborador quanto para

³⁰ Leciona Aury Lopes Jr. que “a superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações (a prisão cautelar virou o principal instrumento de coação) sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177.

³¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre legalidade e a autonomia da vontade**. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 58-60.

³² CALLEGARI, André Luís. **Colaboração Premiada: breves anotações críticas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 21.

os órgãos estatais, vez que a colaboração não serve como instrumento de mera confissão qualificada.

Um dos acordos de maior destaque dos últimos tempos, sem dúvida, foi a colaboração dos executivos da empresa Odebrecht. Em levantamento recente feito pela mídia, descobriu-se que mais de 2/3 dos inquéritos os quais foram abertos em razão da colaboração premiada feita pelos executivos da referida empresa já foram arquivados³³.

A intenção do presente trabalho não é fazer uma anamnese caso a caso dos inquéritos os quais foram iniciados em razão da colaboração da referida empresa e foram arquivados em consequência de ausência de provas, de que os elementos de corroboração trazidos foram insuficientes para uma persecução criminal.

Entretanto, a título de exemplo, pode-se observar o inquérito 4.660 do STF, o qual foi aberto em razão da colaboração de executivos colaboradores da empresa Odebrecht. O referido inquérito tratou de investigar fatos relacionados ao então Senador da República José Serra e ao então Ministro das Relações Exteriores, Aloysio Nunes Ferreira Filho.

Por serem titulares de mandados com foro de prerrogativa de função, a competência para investigar era do Supremo Tribunal Federal. Após sucessivas concessões de prazo para continuidade das investigações, o referido inquérito foi arquivado nos termos da seguinte ementa:

Inquérito. 2. Competência originária. 3. Penal e Processual Penal. 4. Embora o STF tenha assentado que a prerrogativa de foro dos parlamentares federais é limitada aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas (AP 937 QO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgada em 3.5.2018) e que essa linha interpretativa deve-se aplicar imediatamente aos processos em curso, o controle sobre a legitimidade da investigação deve ser realizado pelo Judiciário. 5. Conforme o art. 231, § 4º, “e”, do RISTF, o relator deve determinar o arquivamento do inquérito, quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito.

³³ O Estadão. **STF já arquivou 2/3 da Delação da Odebrecht.** Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-ja-arquivou-23-da-delacao-da-odebrecht,70002981293>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2020.

6. A declinação da competência em uma investigação fadada ao insucesso representaria apenas protelar o inevitável, violando o direito à duração razoável do processo e à dignidade da pessoa humana. 7. Ante o exposto, rejeito o pedido de declinação da competência e determino o arquivamento do inquérito, na forma do art. 231, § 4º, “e”, do Regimento Interno do STF34.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do inquérito 4660, asseverou em seu voto que:

No caso concreto, após mais de um ano de investigação, não há nenhuma perspectiva de obtenção de elementos suficientes da existência do fato criminoso.

A investigação foi aberta em razão de declarações prestadas por colaboradores da Justiça. Contudo, nenhum elemento foi produzido para corroboração das hipóteses aventadas, após sucessivas prorrogações das investigações.

Ora, vê-se o completo desvirtuamento da colaboração premiada, a qual, no caso em concreto, serviu tão somente aos colaboradores, que obtiveram prêmios ao colaborarem com a Justiça. Ao final, sequer conseguiu-se provar a existência da organização criminosa a qual foi delatada.

Surgiu, com isso, a necessidade de se criar mecanismos de proteção tanto para aquele agente colaborador, quanto para quem foi delatado. Aquele contra quem recai os fatos narrados tem o direito a uma acusação objetiva, clara, com respeito aos ditames do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com o advento da Lei nº 13.964, agora de maneira expressa, consignou-se a regra da utilidade da colaboração premiada. Com a nova redação, o art. 3-C, parágrafo 3º, do referido diploma legal, aduz que “*no acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados*”.

Quando existem limites claros, inexistente espaço para persecuções penais estatais ilimitadas. Ora, uma colaboração com um sem-número de informações pode

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Inquérito nº 4660**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5331312>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

aparentar uma benéfica proteção social, mas ao final desvirtua o direito, tornando-o do autor e não do fato, abrindo margens para que o negociador estatal questione sobre o que quiser, bem como sobre quem quiser, o que de longe não é a função do direito penal³⁵.

A visão de que o direito penal se limita aos fatos não deve ser esquecida, portanto, nos dizeres de Nefi Cordeiro:

A limitação da persecução penal a fatos se dá historicamente para evitar o abuso de perseguições a inimigos, e isso pode resultar do esquecimento a esse critério da utilidade. A persecução penal estatal inicia por fatos criminosos certos; não se pode inverter a lógica investigatória para pedir a colaboradores que escolham (ou, pior, que sigam a escolha do negociador) pessoas e crimes quaisquer que queiram revelar. O ilimitado direcionamento persecutório criminal gerará abuso do colaborador, do negociador ou, no mínimo, do Estado persecutor³⁶.

Observa-se uma necessidade de imposição de determinados limites ao agente negociador. Por mais óbvia que seja a conclusão de que não se pode utilizar a colaboração para além de sua utilidade ao processo ou ao inquérito a que esteja vinculada.

Na prática, tal diferenciação e controle pelo Judiciário são de difícil conclusão, na medida em que institutos como a serendipidade podem ser trazidos à baila como argumento de validade de utilização de todas as informações extraídas de um acordo de colaboração.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu recentemente, mas antes da mudança legislativa, que, por ser a colaboração premiada um mero meio de obtenção de prova, verifica-se que as informações prestadas pelo colaborador podem *“referir-se até mesmo a crimes diversos daqueles que dão causa ao acordo, configurando-se, nessa situação, a hipótese da descoberta fortuita de provas”*³⁷.

³⁵ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada. Caracteres, limites e controles**. Editora Gen. p. 104.

³⁶ Ibid., p. 104.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental. Inquérito nº 1.093**. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/09/Inq-1093RV.pdf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2020.

Com o advento do parágrafo 3º, do art. 3-C, decisões como a acima colacionada deixam de ter fundamentação legal, vez que o referido diploma normativo delimita de forma mais clara o que pode ser trazido em uma colaboração pelo agente que se senta à mesa para negociar.

A serendipidade deve ser utilizada com maior cautela. Atente-se ao fato de que não pretendeu o legislador, ou quem defende a posição aqui alinhada, o esvaziamento do instituto da colaboração premiada. O que se busca é uma maior racionalidade do instituto.

O certo é que inexistiam limites legais acerca do que poderia ou não ser questionado para um colaborador pelo agente estatal. Na prática, muitos outros atos ocorrem antes do termo depoimento e da gravação em vídeo de depoimento do colaborador.

Nos bastidores, várias reuniões podem ser realizadas entre o Ministério Público ou a Polícia e o colaborador. Desta feita, louvável a iniciativa legislativa no ponto, vez que pode vir a coibir abusos por parte do agente negociador estatal.

Entretanto, uma das dificuldades que podem vir a ocorrer com a nova dogmática da colaboração premiada diz respeito à perda de poder de barganha por parte do agente que pretende colaborar, na medida em que, caso nos quais tenha a presença de diversas autoridades dos mais variados escalões de foro privilegiado, o colaborador deverá buscar acordo com vários órgãos do Ministério Público, por exemplo.

Exemplificando o sobredito, se um indivíduo pagou propina a um deputado estadual, federal, senador e um conselheiro de tribunal de contas estadual, neste caso, deverá buscar, com o novel legal, acordos com o MP estadual e federal³⁸, em que serão homologados, cada colaboração, por quatro juízos diferentes, a saber: o juízo local do fato, o Tribunal local, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

³⁸ Obviamente o exemplo proposto parte do cenário no qual o agente colaborador decidiu negociar um acordo de colaboração com o ministério público e não com a Polícia.

Ao final e ao cabo, o poder de barganha³⁹, em casos nos quais se envolva a delação de grandes esquemas de corrupção, para aquele que pretenda colaborar, perde força. Os eventuais prêmios dos quais poderia ter o agente se negociasse somente com um órgão estatal serão mitigados frente à necessidade de mais de uma negociação.

Talvez seja esse o aspecto negativo da regra da utilidade estabelecida pelo Pacote Anticrime e que pode vir a gerar desincentivos ao agente que deseje colaborar com a justiça, por óbvio aquele que tenha participado de uma organização a qual cometeu delitos em mais de uma frente de jurisdição criminal.

Mas grandes casos de corrupção como os da operação Lava Jato não são a tônica diária da atuação cotidiana do Ministério Público ou da Polícia, e nem sempre a lei consegue, ao criar um instituto, observar de maneira equânime todos os casos que podem vir a acontecer no mundo dos fatos.

A colaboração premiada tem um aspecto dúplice, sendo instrumento de acusação e ferramenta de defesa⁴⁰, por tal razão encontrar um liame em que não se prejudique garantias individuais do agente colaborador, bem como mantenha a efetividade do instituto é tarefa sobremaneira difícil.

Mas certo é que retirar poderes do agente negociador pode ser tido como avanço, na medida em que proporciona ao colaborador maior respeito às suas garantias individuais e evita colaborações com um sem-número de fatos que, no mais das vezes, sequer possuem indícios mínimos de materialidade aptos a ensejar uma persecução penal.

³⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro**. São Paulo: IBccrim, 2015, p. 55.

⁴⁰ ARAS, Vladimir. **Natureza dúplice da colaboração premiada: instrumento de acusação; ferramenta de defesa**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/natureza-duplicada-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>>. Acesso em: 04 de abril de 2020.

7. Conclusão

A justiça penal negociada está em processo de amplificação no Brasil, cabendo cada vez mais o consenso no âmbito penal. A Lei nº 12.850/13 tratou de regulamentar, de maneira inovadora no ordenamento jurídico pátrio, o procedimento da colaboração premiada, o qual tem como finalidade principal trazer maior eficiência ao combate ao crime organizado, através da cooperação entre defesa e acusação, em troca de benefícios.

Não se pode tão somente demonizar a figura negocial nesse ramo do direito. Institutos como colaboração premiada tem se mostrado efetivos no desbaratamento de organizações criminosas, pois sem tal ferramental não haveria um combate aprimorado e efetivo ao crime organizado.

Entretanto, é necessário haver limites claros e objetivos delimitando o acordo de colaboração premiada. É a limitação que deixa de fora persecuções estatais irrestritas, que podem aparentar benéfica proteção social ampla na descoberta de crimes, mas que acabam por desvirtuar o direito penal, deixando de ser do fato para um direito penal do autor.

A colaboração premiada, desde que respeite o princípio de paridade de armas, pode ser um instrumento apto a tornar a justiça penal mais efetiva, na medida em que os colaboradores contribuem para a justiça, fazendo com que provas robustas, por vezes até então desconhecidas, cheguem ao processo.

Noutro giro, concluiu-se que a alteração do parágrafo 3º, do art. 3-C, trazida pelo chamado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que consagrou a chamada regra da utilidade e trouxe ao mundo jurídico a necessidade de o acordo de colaboração premiada relacionar-se estritamente aos fatos investigados, foi um avanço, na medida em que retira a possibilidade de haver abusos por parte dos agentes estatais que atuem na elaboração do acordo.

Certo é que o colaborador que pretende auxiliar, conforme se conclui, perdeu, em determinados casos, seu poder de barganha em razão da mesma regra da utilidade. Pois para conseguir termos de um acordo de colaboração mais vantajosos, a depender das infrações cometidas, deverá negociar com mais de um agente estatal

em mais de um órgão. Entretanto, o colaborador ganhou com o novo regramento ao ter a garantia legal de que não será coagido a falar sobre questões das quais sequer tenha participado ou nada saiba e que não sejam objetos de investigação daquilo que efetivamente tenha concorrido para o cometimento.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. **Natureza dúplice da colaboração premiada: instrumento de acusação; ferramenta de defesa.** Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/natureza-duplica-da-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>>. Acesso em: 04 de abril de 2020.

BADARÓ. **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.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz *et alii*. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica. Colaboração premiada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 130.

BINDER, Alberto M. **Sentido del principio de oportunidad en el marco de la Reforma de la Justicia Penal de América Latina.** <<http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf>>. Acesso em 06 de maio de 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Delação premiada exige regulamentação mais clara.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>>. Acesso em 11 de abril de 2020.

_____. **Os dilemas do colaborador. Socióloga italiana publica entrevistas com chefão da Cosa Nostra e expõe as complexidades do jogo da delação premiada.** Disponível em: <https://www.quatrocincoum.com.br/br/resenhas/d/os-dilemas-do-colaborador>. Acesso em 26 de fevereiro de 2020.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença e princípios processuais relevantes.** Curitiba: Juruá, 2016, p. 29.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. Agravo Regimental no Inquérito nº 1.093. Agravante: Em apuração. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/09/Inq-1093RV.pdf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 127.483. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e Outra (a/s). Coator (a/s)(es): Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 27.08.2015, DJe-021 Divulg. 03.02.2016, Public 04.02.2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 11 de maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal, Primeira Turma. Inquérito nº 4405 Agravo Regimental. Agravante: Arthur de Oliveira Maia da Silva. Advogado: Gamil Föppel e Outro (a/s). Agravado: Ministério Público Federal. Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, acórdão eletrônico DJe-064 divulgado em 04-04-2018 public. 05-04-2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595597>>. Acesso em 10 de abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Inquérito nº 4660. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Aloysio Nunes Ferreira filho. Advogado: Jose Roberto Figueiredo Santoro e outro(a/s). Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5331312>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Tribunal Pleno. PET nº 7074. Requerente: Reinaldo Azambuja Silva. Advogado: Gustavo Passarelli da Silva. Requerido: Ministério Público Federal. Relator(a): Min. Edson Fachin, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2018 PUBLIC 03-05-2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204385>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2020.

CALLEGARI, André Luís. **Colaboração Premiada: breves anotações críticas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 21.

CARVALHO, João Henrique Messias Conforti. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual: a validade de benefícios extralegais**. Monografia Final do Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2019, p. 32.

CORDEIRO, Nefi; Tamami Hirose, Regina. **Colaboração premiada e combate à Corrupção - princípios constitucionais da administração pública regulando o negócio judicial**. Carreiras típicas de estado desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. 1ed., 2019, p. 333-350.

_____. **Colaboração premiada. Caracteres, limites e controles**. Editora Gen, 2020, p. 104.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1 o ao 120)**. 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 36.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 590.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 73-77.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76-77.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. Ed. JusPodivm, 2018, p. 812.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177.

LOUISE, Tássia de Moraes Oliveira. **O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-mito-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 23 de março de 2020.

MEDEIROS, Wellington da Silva. **Acordo de não persecução penal: o Judiciário entre a conveniência e a legalidade democrática.** Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/acordo-de-nao-persecucao-penal-2013-resolucao-cnmp-n-181-2017-o-judiciario-entre-a-conveniencia-e-a-legalidade-democratica>>. Acesso em 13 de maio de 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz *et alii* **Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre legalidade e a autonomia da vontade.** Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 58-60.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Dados disponibilizados pelo Ministério Público Federal.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lavajato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em 16 de março de 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 43.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 530.

O Estadão. **STF já arquivou 2/3 da Delação da Odebrecht.** Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-ja-arquivou-23-da-delacao-da-odebrecht,70002981293>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 11ª ed. Rio de Janeiro: 2009, fls. 114-115.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 3ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2005, p. 104.

_____. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Iuris. 3a edição. 2005, p. 129.

ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo**. 2011. 331f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2011, p. 129.

ROSA, Alexandre Moraes da; Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva *et alii*. **Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras. Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido. 2018, p. 79 – 99.

ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2007, p. 42-43.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro**. São Paulo: IBccrim, 2015, p. 55.

_____. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 224.

VERAS, Ryanna Pala. **Política criminal e criminologia humanista**. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19876>>. Acesso em 18 de março de 2020.

WUNDERLICH, Alexandre. **A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 12, n. 47, mar.-abr. 2004, p. 233.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. Pág. 33.

