

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

YURI COELHO DIAS

**A IMPOSSIBILIDADE DA PACTUAÇÃO DE PRÊMIOS NÃO PREVISTOS NA LEI
12.850/13: uma análise dialética sobre as principais correntes favoráveis e contrárias**

BRASÍLIA – DF
2020

YURI COELHO DIAS

**A IMPOSSIBILIDADE DA PACTUAÇÃO DE PRÊMIOS NÃO PREVISTOS NA LEI
12.850/13: uma análise dialética sobre as principais correntes favoráveis e contrárias**

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, sob a orientação do Dr. Orlando Faccini Neto apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito

BRASÍLIA – DF
2020

YURI COELHO DIAS

**A (IM)POSSIBILIDADE DA PACTUAÇÃO DE PRÊMIOS NÃO PREVISTOS NA LEI
12.850/13**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

16/12/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orlando Faccini Neto
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Vinicius Gomes de Vasconcellos
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Jayme Weingartner Neto
Universidade La Salle - Canoas, UNILASALLE

Aos meus pais e irmãs, pelo exemplo, estímulo e apoio incondicional. Aos meus familiares, pelas memórias afetivas. Aos amigos, pela companhia sincera.

SUMÁRIO

Introdução	7
Capítulo 1 – Aspectos legais da colaboração premiada – um breve panorama sobre os aspectos jurídicos do instituto.....	11
1.1 Das recomendações internacionais	12
1.2 Evolução histórica dos espaços negociais no Direito Penal Brasileiro	16
1.3 A colaboração premiada como negócio jurídico processual penal?	19
1.4 A colaboração premiada como meio de obtenção de prova	23
1.5 Dos prêmios estipulados pela Lei 12.850/13	26
Capítulo 2 – A possibilidade do oferecimento de prêmios não previstos na Lei 12.805/13 – um sistema de colaboração premiada que permite às partes o poder de pactuação sobre os prêmios	30
2.1 O devido processo penal consensual	31
2.2 O sistema processual penal acusatório como corolário da liberdade entre as partes.....	35
2.3 – O processo penal efetivo como corolário do uso da Colaboração Premiada...	40
2. 4 – Do princípio da obrigatoriedade como possibilidade da pactuação de benefícios não previstos em lei.....	46
Capítulo 3 – A impossibilidade do oferecimento de prêmios extralegais – a colaboração premiada deve ser guiada por um regime estritamente legal em face do ordenamento jurídico	50
3.1 – O devido processo legal X o devido processo legal consensual.....	51
3.2 – O sistema processual penal acusatório não representa a completa liberdade entre as partes	55
3.3 – A proporcionalidade em sentido estrito como limitadora do uso da colaboração premiada	60
3.4 – O princípio da nulla poena sine iudicio	64
4 – Conclusões	70
Referências	74

RESUMO

O tema do presente trabalho é sobre a possibilidade ou não de se pactuar benefícios não previstos na Lei 12.850/13 nos acordos de colaboração premiada. Para tanto, em um primeiro momento a pesquisa aborda os caracteres estruturais da colaboração premiada, com a finalidade de traçar linhas gerais sobre o instituto. Após, são analisados os principais argumentos que defendem uma visão mais ampla do instrumento, albergando a possibilidade de se pactuar benefícios extralegais. A pesquisa segue no próximo capítulo explorando os argumentos favoráveis àqueles que entendem pela impossibilidade de se acordar benefícios não previstos na legislação, contrapondo-se às justificativas anteriormente apresentadas. A conclusão se faz através da síntese entre as posições antagônicas, arrematando pela impossibilidade de se fazer acordos de colaboração premiada com benefícios não previstos em lei, além de suas consequências, abrindo-se a possibilidade de terceiros delatados impugnarem o acordo.

Palavras-chave: Organização Criminosa; Colaboração Premiada; Acordos; Benefícios.

ABSTRACT

The object of the present paper is about the possibility or not of agreeing benefits not provided by Law 12.850/13 in the award winning collaboration. Therefore, at first, the research addresses the structural characteristics of the award-winning collaboration, with the purpose of drawing general lines about the institute. After, the main arguments that support a broader view of the instrument are analyzed, harboring the possibility of agreeing extralegal benefits. The research continues in the next chapter exploring the arguments in favor of those who understand the impossibility of agreeing benefits not provided for in the legislation, opposing the justifications previously presented. The conclusion is made through the synthesis between the antagonistic oppositions, concluding by the impossibility of making award-winning collaboration agreements with benefits not provided by law, in addition to its consequences, opening the possibility of delinquent third parties to challenge the agreement.

Keywords: Criminal Organization; Award Winning Collaboration; Agreements; Benefits.

INTRODUÇÃO

A Operação Lava Jato trouxe um novo cenário no método de enfrentamento às organizações criminosas, em especial pelo número realizado de acordos de colaboração premiada. Conforme o site da Operação Lava Jato, feito pelo Ministério Público Federal¹ e atualizado até 06.05.2020, a força tarefa havia realizado, somente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, 183 acordos e, decorrente de tais acordos, a recuperação de R\$ 1,5 bilhão de reais em multa e perdimentos de bens.

Deste modo, resta claro que a Colaboração Premiada vem sendo utilizada de maneira ampla como forma de dismantelar diversas organizações criminosas, tendo seu uso espalhado em todo o território nacional². É dizer que os operadores do direito, em especial aqueles dentro do campo criminal, devem saber lidar com o instrumento de colaboração premiada.

Entretanto, ainda existe um grande cenário de incertezas sobre o uso de tal instrumento, uma vez que, por ser uma inovação no ordenamento jurídico, como espécie de colaboração processual, os operadores do Direito ainda estão inseguros quanto à sua operacionalidade.

A figura da Colaboração Premiada adentra no ordenamento jurídico brasileiro em um cenário de grande expansão da chamada justiça criminal negocial, de maneira que o Direito Penal cada vez mais alarga sua função de mecanismo de controle social incentivado pelo combate à criminalidade organizada.

Partindo-se da premissa da constitucionalidade da figura da Colaboração Premiada prevista na Lei 12.850/13, a qual já está plenamente integrada ao ordenamento jurídico e conta com o aval do Supremo Tribunal Federal, conforme o paradigmático acórdão do HC 127.483/PR, é necessária a indagação sobre alguns dos limites desse novo espaço de consenso.

Neste sentido, a lei 12.850/13, em seu artigo 4º, previu de maneira genérica que as partes poderão pactuar os seguintes prêmios: (i) perdão judicial, (ii) redução da pena

¹ Disponível em: [<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>]. Acesso em: 21.07.2020.

² A lei 13.964/19, que teve Sérgio Moro como seu idealizador, incentiva a criação de varas especializadas no combate ao crime organizado. Pode-se ler em seu artigo 13: Art. 13. A [Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012](#), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1º-A: “Art. 1º-A. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, Varas Criminais Colegiadas com competência para o processo e julgamento: I - de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição; II - do crime do [art. 288-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#); e III - das infrações penais conexas aos crimes a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo.

em até 2/3 (dois terços), (iii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No mais, também poderá o órgão acusatório não oferecer a denúncia para o colaborador que não seja líder da organização criminosa, for o primeiro a prestar a colaboração efetiva e desde que se trate de infrações das quais o Ministério Público não tenha prévio conhecimento. Considera-se ainda a redução da metade da pena e a progressão de regime para aquele que colaborar após a sentença.

Contudo, a prática forense tem demonstrado que os acordos de Colaboração Premiada vêm sendo pactuados com uma plêiade de benefícios não previstos em Lei, como o cumprimento de regime disciplinar diferenciado, a liberação de bens originários das atividades ilícitas, acordos sobre a pena de multa, entre outros, de maneira que aqueles que foram delatados passaram a contestar a legalidade dos acordos firmados, um dos motivos pelos quais a jurisprudência tem se pronunciado diversas vezes sobre o instituto.

As inovações trazidas pela Lei 13.964/19 significaram um grande avanço na regulamentação da colaboração premiada, contudo, ainda pairam diversas dúvidas sobre sua operacionalidade, sendo certo que a pesquisa sobre a delimitação da pactuação de suas cláusulas legais surge como uma necessidade não só teórica, mas prática, a justificar a presente pesquisa.

As questões que se levantam, portanto, possuem um alto grau de relevância no sentido de que as duas correntes existentes que sustentam o uso da colaboração premiada de maneira mais abrangente ou restrita apresentam argumentos sólidos e convincentes, de maneira que o oferecimento dos benefícios é o ponto fulcral na negociação dos acordos.

Assim, pode-se dizer que existe no fundo de tais questões sobre o uso da colaboração premiada um conflito de difícil resolução, uma vez que se pode apontar a colaboração premiada como um poderoso instrumento de combate ao crime organizado como também o seu desvirtuamento, implicando na impunidade dos delatores, os quais seriam justamente os alvos da persecução penal do Estado.

O objetivo da presente pesquisa é analisar os principais argumentos utilizados tanto por aqueles que defendem um maior espaço de negociação dentro da colaboração premiada quanto por aqueles que defendem a ideia de um sistema mais restrito, adequando o instituto às formalidades legais.

Em relação ao primeiro grupo, suas principais fundamentações se baseiam em (i) um sistema de justiça negocial com ampla liberdade dada pelas partes para negociarem;

(ii) a necessária eficiência do processo penal; e (iii) uma faceta do princípio da obrigatoriedade onde ‘quem pode o mais, pode o menos’.

Já os que defendem um sistema de colaboração premiada mais rígido, baseiam-se no (i) devido processo legal como norteador do sistema processual brasileiro; (ii) o uso proporcional e subsidiário do instrumento da colaboração premiada; (iii) a ausência de legitimidade do Ministério Público em pactuar penas, ante a existência do princípio da *nulla poena sine iudicio*.

O primeiro capítulo da pesquisa aborda os caracteres estruturais da colaboração premiada, com a finalidade de traçar linhas gerais sobre o instituto previsto na Lei 12.850/13, iniciando em um panorama internacional relacionado ao incentivo da prática de novos métodos de investigação criminal a serem utilizados pelos Estados na busca do desmantelamento de organizações criminosas e culminando na adoção da colaboração premiada como meio de obtenção de prova. Ainda, são feitas algumas considerações sobre a natureza jurídica da colaboração premiada.

O segundo capítulo busca analisar os pontos utilizados pela corrente favorável à adoção da pactuação de benefícios não previstos em lei. Desta forma, primeiramente são analisadas quais as características do ‘devido processo penal consensual’ em que existe uma maior liberdade entre as partes para negociação e o direito do acusado de dispor de suas garantias em troca de prêmios. Também é analisado o argumento de que a colaboração premiada é técnica essencial para a solução dos crimes praticados pelas organizações criminosas. Por fim, neste segundo capítulo, abordar-se-á uma das facetas do princípio da obrigatoriedade, no sentido de que se o Ministério Público pode deixar de oferecer a ação penal, também poderia negociar penas mais brandas.

O terceiro capítulo se estrutura sobre a corrente que pensa na colaboração premiada de maneira mais restrita, prezando por um sistema com maior apreço aos parâmetros legais. Deste modo, a pesquisa vira seus olhos para a definição do devido processo legal, em que as partes somente podem se mover através daquilo que está previsto em lei, de maneira que até a discricionariedade e a disponibilidade de direitos devem seguir as balizas legais. Abordar-se-á, em seguida, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, relacionando-o ao fato de que, por ser um meio especial de obtenção de prova, a colaboração premiada somente poderá ser utilizada em situações restritas e devidamente justificadas, sob pena de inconstitucionalidade. Finalizando o capítulo está a discussão sobre o princípio da *nulla poena sine iudicio*, de

forma que cabe ao judiciário e não ao Ministério Público o monopólio da aplicação de penas.

A conclusão da pesquisa se sustenta no confronto das posições expostas pelas duas correntes. Desta maneira, parte-se de um problema específico encontrado na prática, qual seja, os acordos de colaboração premiada que estão sendo realizados e homologados com a previsão de benefícios não constantes no rol da Lei 12.850/13, e busca-se a conclusão do problema por meio do confronto entre os principais argumentos que estão sendo debatidos, utilizando-se para tanto da revisão bibliográfica e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 1 – ASPECTOS LEGAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA – UM BREVE PANORAMA SOBRE OS ASPECTOS JURÍDICOS DO INSTITUTO

Nesta primeira parte da pesquisa, pretende-se traçar alguns contornos sobre a colaboração premiada, de maneira a estabelecer algumas premissas que serão necessárias para o correto enfrentamento da discussão que se seguirá nos próximos capítulos, de forma que se faz necessário, ainda que brevemente, entender o panorama no qual a colaboração premiada adentra no ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se dizer que a colaboração premiada faz parte de um universo de medidas políticas e judiciais de combate ao crime organizado, o qual acompanhou a globalização mundial e o crescimento da complexidade da sociedade, de maneira que, conforme indicado por Pereira (2019, p. 89), “não há como negar que os expedientes de reforço investigativo como a colaboração processual não se inspiram, primordialmente, em aprofundamentos teóricos ou projetos racionalmente orientados; eles advêm muito mais de razões utilitarísticas”.

Deste modo, pode-se perceber um esforço global com o intuito de prevenção e repressão às novas formas de criminalidade³ através da elaboração e da adesão de países à tratados internacionais⁴, os quais visam a cooperação mútua entre seus membros, tendo em vista que a prática criminosa não está mais restrita à um único território e os proveitos do crime também transpõem as barreiras nacionais.

Entretanto, cada nação possui sistema jurídico com características próprias, de maneira que os instrumentos legais, apesar de criados em um panorama internacional de debate, devem respeitar as peculiaridades do organismo que os incorporam. De acordo com Langer (2004), após o fim da segunda guerra mundial, tem-se assistido uma influência do modelo judiciário americano por todo o mundo, contudo, o autor alerta para a forma que cada ordenamento jurídico transplanta esse ideário, uma vez que as

³ “A evolução natural da humanidade, decorrente da modernização dos meios de comunicação, equipamentos tecnológicos de toda natureza, dos meios de transporte e de processamento de dados, trouxe também a reboque o incontrolável incremento da criminalidade, mas, em especial, da criminalidade organizada. A sociedade transformou-se sobremaneira nas últimas décadas e a legislação criminal também se vê diante da emergencial necessidade de adaptação. Já não são suficientes somente os métodos de investigação previstos no Código de Processo Penal de 1942, e, até que não seja revisto, mister a edição de leis especiais que possam complementar as suas lacunas”(MENDRONI, 2016. p. 5).

⁴ Vilares aponta que desde o início do século XIX, com a criação da Sociedade das Nações, existe um esforço para combater a criminalidade organizada transnacional, contudo as cooperações internacionais realmente ganham força quando “a partir de 1998, as Nações Unidas instituíram um Comitê especial para elaborar uma convenção de combate ao crime organizado, resultando na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional” (VILARES, 2015, p. 14).

diferenças culturais entre os países são deveras profundas, daí a importância de não se confundir a colaboração premiada com o instituto de *plea bargaining* e de se entender e estabelecer seus limites no ordenamento jurídico pátrio⁵.

É nesse sentido que, conforme veremos no transcorrer deste Capítulo, estão sendo criados novos meios processuais de investigação para o desmantelamento das organizações criminosas que envolvem a colaboração processual, dentre eles a colaboração premiada, vez que “caracterizada como um instrumento de investigação contra o crime organizado ou a macrocriminalidade” (BRANDALISE, 2016, p. 154).

Portanto, abordar-se-á os dois principais tratados internacionais assinados pelo Brasil que visam a introdução de mecanismos no direito pátrio para o enfrentamento da criminalidade organizada e o que vem a ser este novo tipo de criminalidade; avançando sobre os espaços permitidos que foram incorporados em nossa dogmática penal, culminando na análise da colaboração premiada como negócio jurídico processual penal e meio de obtenção de prova, para então averiguar quais os prêmios ofertados pela Lei 12.850/13.

1.1 DAS RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS

Podemos dizer que os tratados internacionais afetos ao combate internacional da criminalidade são divididos em duas áreas, aqueles que tratam especificamente sobre corrupção⁶ - incluindo-se aí o funcionalismo público - e aqueles preocupados com a criminalidade organizada de maneira geral⁷. Como ponto de intersecção entre os tratados está a necessidade de criação de novos meios de enfrentamento ao crime cada vez mais complexo.

O crime organizado transnacional é considerado uma das maiores ameaças ao avanço da economia, política, cultura e desenvolvimento da sociedade. Por certo que,

⁵ Aponta Langer, em relação ao modelo de *plea bargaining*, em artigo estudando a introdução do modelo norte-americano na Alemanha, Itália, Argentina e França, que “A influência do *plea bargaining* norte-americano nestas quatro jurisdições é inegável. Apesar da influência, entretanto, a importação do *plea bargaining* em tais jurisdições, não é provável que elas irão reproduzir o modelo de procedimento criminal norte-americano” (LANGER, 2004 [tradução nossa]).

⁶ Sobre os tratados relacionados ao tema do combate à corrupção, ver: NOTARI, 2017.

⁷ “O fenômeno da criminalidade organizada também se caracteriza pelas conexões locais e internacionais, assim como pela divisão de territórios para a atuação. No cenário internacional, por não estarem submetidas às rígidas regras de soberania, as organizações criminosas não encontraram grandes obstáculos para se integrarem, notadamente após o desenvolvimento do processo de globalização da economia, que contribuiu para a aproximação das nações, possibilitando aos grupos que ainda operavam paralelamente um novo impulso nas suas relações, com maiores perspectivas de expandirem seus mercados ilícitos” (SILVA, 2015, p. 14).

como forma de combatê-lo, os países tendem a realizar adaptações aos seus ordenamentos jurídicos, introduzindo formas premiais e de justiça negociada⁸.

Faz-se necessário um recorte sobre as duas mais importantes Convenções Internacionais que tratam sobre o tema e estão incorporadas em nosso ordenamento jurídico, quais sejam: a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida. A escolha se justifica, pois, o paradigmático HC 127.483/PR de relatoria do Ministro Dias Tóffoli, ao decidir sobre - entre outras coisas - a possibilidade de pactuação de cláusulas que versem sobre bens de caráter patrimonial, fundamentou-se nas supracitadas convenções:

Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador (STF, HC 127.483/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015).

Por ordem cronológica, a Convenção de Palermo adentrou em nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, enquanto a Convenção de Mérida se transformou no Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, começaremos pelo exame da primeira.

Consta no artigo 1º que o objetivo da Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater de maneira mais eficaz a criminalidade organizada transnacional. Além disso, a Convenção dá a definição de grupo criminoso organizado, sendo este um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou

⁸ Analisando especificamente o caso da Espanha, Ortiz, após averiguar que, na opinião pública dos espanhóis, a corrupção é a segunda maior preocupação nacional, ficando atrás apenas do desemprego, conclui que: “Diante de situações excepcionais, os Estados geralmente tendem a aprovar medidas excepcionais no também no âmbito da investigação criminal. Por isto, ante a percepção que Justiça Espanhola necessita de novos instrumentos que melhorem a eficácia na persecução da chama ‘delinquência do colarinho branco’, volta-se a retomar o debate jurídico sobre a conveniência ou não de potencializar fórmulas premiais e de justiça negociada, que já são aplicadas em outros países como ferramentas muito efetivas para descobrir, investigar e punir todas essas condutas relacionadas com a corrupção pública e a delinquência econômica empresarial, sendo que o prejudicado final é a economia do país, portanto, o cidadão como última ligação de uma cadeia sobre a qual recaem as consequências sociais e patrimoniais mais dolorosas na hora de evitar a quebra estatal” (ORTIZ, 2017, p. 41, [tradução nossa]).

enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.⁹

Além de reforçar a necessidade de que cada país que adotar a convenção implemente técnicas especiais de investigação (artigo 20), em seu artigo 26, conforme citado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, a Convenção de Palermo incentiva a adoção de medidas premiais àqueles que, de dentro de uma organização criminosa, colaborarem para as investigações:

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:
 - a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente
 - i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;
 - ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;
 - iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;
 - b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.
2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.
3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

Já a Convenção de Mérida, que possui como finalidade (i) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; (ii) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos e (iii) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos; contempla, ao longo de seus artigos, medidas de prevenção à corrupção tanto no setor público quanto no setor privado, medidas de combate à lavagem de dinheiro e enriquecimento ilícitos, além de diversos outros temas..

⁹ Veja-se que a Lei 12.850/13, tem definição semelhante: Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Por conseguinte, a Convenção de Mérida, em seu artigo 37, traz a possibilidade da cooperação do indivíduo com as autoridades com o intuito de ajudar nas investigações, abarcando, inclusive, a possibilidade de mitigação da pena, ou seja, a própria essência da colaboração premiada. Note-se que é verdadeira cópia do já previsto na Convenção de Palermo:

Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.
2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.
5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

Conclui-se que a Colaboração Premiada é fruto de uma série de esforços internacionais¹⁰ que pretendem combater essa nova criminalidade através da abertura de novos espaços de consenso entre a acusação e o investigado¹¹.

¹⁰ “O direito penal e o direito processual penal, assim, passam a responder a influxos teóricos e dogmáticos e, também, à expansão de preceitos normativos colhidos do direito internacional, tanto de Convenções e atos normativos quanto de contribuições advindas dos ordenamentos internos de outros países. Para a compreensão do processo de expansão do direito penal e a ampliação dos instrumentos de um direito penal negocial, a chamada funcionalização do direito internacional como projeção do direito internacional contemporâneo presta-se como imprescindível ferramenta metodológica e teoria de base para críticas e aprimoramento dos instrumentos que decorrem dessa expansão penal” (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016, p. 378).

¹¹ O crescimento do incentivo ao particular em colaborar com as investigações não está restrito ao âmbito penal, mas também se faz presente no direito administrativo e cível: “A crescente utilização dos instrumentos consensuais para a resolução de conflitos e tomada de decisões está estreitamente ligada à preocupação com a eficiência do aparato estatal, fomentada principalmente pelas demandas sociais relacionadas à efetivação de direito e à moralização na gestão de coisa pública. Para tanto, exige-se uma maior flexibilidade na relação dos órgãos administrativos com os particulares, possibilitando, desse modo, a minimização das consequências negativas às partes envolvidas e, ao mesmo tempo, a maximização dos

No entanto, a possibilidade de consenso no direito penal Brasileiro não é nenhuma novidade, senão vejamos.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS ESPAÇOS NEGOCIAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Conforme Zilli (2019, p. 102), “a revolução negociada, operou-se inicialmente nos crimes de menor gravidade”. Certo que para tais crimes as medidas de solução consensual eram mais modestas, contudo, prossegue o autor que tais espaços de negociação foram revolucionários para desconstruir certos dogmas que pairavam sobre os papéis reservados aos atores dentro do processo penal.

Sem sombra de dúvida, o ponto nevrálgico da aceitação de uma justiça negocial no Brasil está na edição da Lei 9.099/95 com a criação dos Juizados Especiais, obedecendo a um comando do Constituinte de 1988 em seu artigo 98, I e prevendo três novas formas de solução consensual: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional da pena. Diante de tal afirmação, Vasconcellos (2018, p. 100) pontua que:

A lei 9.099/95 estruturou um “microssistema” em meio ao ordenamento jurídico brasileiro, almejando, segundo parte da doutrina, favorecer a celeridade e a eficiência no julgamento de casos penais, o que, supostamente, aproximaria o direito processual pátrio às tendências internacionais e romperia com um padrão de política criminal repressor característico da época. Nesse sentido, há quem afaste qualquer influência do modelo estadunidense, enquanto aponta-se a aderência do cenário brasileiro às características dos mecanismos consensuais europeus. Portanto, embora não se possa esquecer do marcante instituto da delação premiada, é no âmbito dos Juizados Especiais Criminais que se estabelece essencialmente a composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional da pena.

Contudo, as formas de solução consensual estabelecidas para os juizados especiais foram pensadas na chamada criminalidade de menor potencial ofensivo, mas, desde já, percebe-se que tais instrumentos acabam “relativizando os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública. Prioriza-se o consenso em vez de apurar o ocorrido” (SANTOS, 2017, p. 134).

benefícios direcionados ao atendimento do interesse público” (TAMASAUSKA; TOJAL, 2017, p. 239). Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa, alterada pela Lei 13.964/2019, também passou a prever a possibilidade de solução consensual em seu artigo 17, §10-A.

Por este motivo que Wunderlich entende que a possibilidade de consenso no âmbito dos Juizados Especiais se tornou um fracasso, pois se trata de conciliação imposta às partes quando não haveria justa causa para a denúncia ou queixa-crime, sem qualquer individualização do sujeito infrator e que tal modelo não tardaria a chegar como resolução aplicada também a questões mais complexas, ante a sanha do Estado por controle:

As possibilidades de realização de acordos no âmbito da justiça criminal aparecem numa segunda dimensão, quando há uma visível ruptura no modelo tradicional, acarretando sua verticalidade. O Estado que atuava na contenção da criminalidade clássica, conhecida por ser praticada por pessoas vulneráveis, aumenta as formas de controle em outros setores sociais, alcançando a criminalidade empresarial e econômica, perpetrada, mais das vezes, no âmbito das estruturas das pessoas jurídicas (WUNDERLICH, 2017, p. 21).

Entretanto, além do ambiente em que a colaboração premiada está inserida ser bem diferente daquele dos Juizados Especiais, ao menos terminologicamente, a principal diferença reside no fato de que, ao contrário dos institutos de solução consensual em que se aplicam medidas restritivas em troca de uma sumarização do procedimento¹², nas colaborações premiadas, o prêmio está condicionado ao resultado obtido pelo órgão acusatório em troca da postura colaborativa do agente, de modo que “a colaboração premiada é favor de resultado, e não de conduta. Premia-se proporcionalmente ao resultado exigido – pela lei ou negociação -, e não em razão da boa intenção do colaborador” (CORDEIRO, 2020, p. 15).

Estabelecida essa importante diferenciação, veja-se que, de certo modo, a colaboração premiada ou delação premiada¹³ está presente em nosso ordenamento desde as Ordenações Filipinas no Código Criminal de 1830, vez que “as ordenações previam a concessão de favores legais para criminosas que denunciasses seus comparsas levando à sua prisão, sendo possível conseguir o perdão total, em contrapartida” (SALOMI, 2017, p. 154). Porém, somente iremos nos ater àquelas formas de colaboração premiada

¹² “Os mecanismos descritos, introduzidos pela Lei 9.099/95, caracterizam um modelo de justiça criminal negocial direcionado a infrações de pequeno e médio potencial ofensivo, possibilitando a aplicação de sanções penais sem o devido transcorrer do processo para formação da culpa por meio da produção probatória. Contudo, por meio desses institutos, não havia autorização para imposição de penas privativas de liberdade (prisão), mas somente restritiva de direitos.” (VASCONCELLOS, 2020, p. 29).

¹³ Criticando a terminologia de delação: “O nome delação passa a ideia de que, tendo sido flagrado cometendo um delito, bastaria ao agente entregar crime cometido por outrem, trazendo uma carga negativa de ordem ideológica e ética ao instituo, mandado posição de cunho pernicioso, além de não servir para identificar corretamente o conteúdo do instrumento” (PEREIRA, 2019, p. 40).

ainda vigentes – ainda que formalmente - em nosso ordenamento jurídico e previstas após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por ordem cronológica, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8072/90), acresceu o §4º ao artigo 159 do Código Penal, prevendo uma hipótese de diminuição de pena quando o crime de sequestro for cometido por quadrilha e o réu entregar os demais comparsas ajudando na liberação da vítima; enquanto o parágrafo único do artigo 8 previu causa de diminuição de pena para o participante de associação criminosa que delatar seu comparsa, desde quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.¹⁴

A lei 8.137/90, também chamada de Lei dos Crimes Tributários e Econômicos estabeleceu, em seu artigo 16, parágrafo único, que caso os crimes previstos na lei, tenham sido cometidos através de quadrilha ou coautoria, aquele que revelar toda a trama perante a autoridade policial ou judicial terá sua pena reduzida.

Interessante notar que a lei não exige o resultado útil da colaboração, bastando que o delator explicita toda a trama delituosa, ou seja, ainda que não se consiga chegar à restituição dos valores usurpados pelo comparsa ou pela quadrilha, a causa de diminuição de pena deverá ser levada em conta.

Já a Lei 7.492/86 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) repete os mesmos termos incutidos na Lei dos Crimes Tributários e Econômicos, valendo então os mesmos comentários expendidos acima, aliás, justifica-se a repetição das causas de diminuição visto que ambas foram alteradas em conjunto pela Lei 9.080/95.

De certa forma, a evolução legislativa prossegue aderindo a possibilidade de colaboração em troca de benefícios legais é o que se vê na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/99), Lei de Drogas (Lei 11.343/06), mantendo-se o que se pode chamar de caracteres estáveis da legislação premial (CORDEIRO, 2020), portanto, elementos que podem ser encontrados em todas as espécies de colaboração, ajudando-nos a formar um conceito. Assim, podemos definir que a colaboração premiada:

É instituto negocial, que pressupõe o consentimento do réu-colaborador para se conformar com a acusação e cooperar, facilitando a persecução penal por meio de sua confissão e da indicação de outros elementos probatórios, como,

¹⁴ À época, o crime previsto no artigo 288 do Código Penal era tratado como organização criminosa, porém, a lei 12.850/13, além de estabelecer um novo conceito para organização criminosa, criando novos parâmetros, alterou o artigo para que neste conste associação criminosa.

por exemplo, a incriminação de coautores do delito (VASCONCELLOS, 2020, p. 25).

Com efeito, é possível dizer que não se trata de nenhuma novidade em nosso ordenamento jurídico¹⁵. Ocorre que com o advento da Lei 12.850/13, passa-se a ter todo um novo arcabouço jurídico sobre como se dão os acordos de colaboração. Além de prever diversas hipóteses de prêmio, a lei 12.850/13, alterada pela Lei 13.964/19, traça todo o procedimento para a confecção do acordo, inovação nunca antes vista na legislação brasileira.

É dizer que com a chegada da Lei 12.850/13, tem-se um novo marco no sistema processual penal brasileiro, o que pode ser facilmente demonstrado com os números da Operação Lava Jato e suas inéditas prisões, principalmente se utilizando dos acordos de colaboração premiadas como meio de produção de provas.¹⁶

1.3 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL?

Um erro comumente cometido quando se trata de colaboração é associá-la ao *plea bargain*, instrumento utilizado especialmente pela justiça norte-americana¹⁷. Neste sentido, em supracitado procedimento não há qualquer tipo de limitação de negócio entre as partes:

No sistema da *plea bargaining*, tudo é possível, e a negociação praticamente não encontra barreiras. Quando o acusador altera a qualificação jurídica dos fatos, devido ao reconhecimento da culpabilidade, por um tipo criminal menos grave, a negociação recebe o nome de *charge bargaining*. Isso ocorre com frequência na desclassificação de um roubo para furto, de homicídio de primeiro grau – pena de morte – para um de segundo grau, de homicídio doloso para culposo, de tráfico para consumo de drogas (GIACOMOLLI, 2006, p. 41).

¹⁵ Fazendo uma análise do ponto de vista histórico da delação premiada: “O imaginário punitivista que serve de pano de fundo para as atuais delações incide sobre o próprio modo como vem se lidando socialmente com esses novos traidores, sobretudo em casos de corrupção. Por um lado, ainda existe o juízo moral negativo da traição (as reminiscências de Judas / Joaquim Silvério não deixaram de surtir algum efeito). Por outro lado, tais traições parecem corresponder a um desejo social que não me parece ser somente o da justa punição contra quem se apropriou privadamente da coisa pública. Trata-se, a meu ver, da já referida sanha punitivista contemporânea” (SONTAG, 2019, p. 459).

¹⁶ Existem diversas críticas ao *modus operandi* da Operação Lava Jato, por todos (BOTTINO, 2016).

¹⁷ Tratando de diversas críticas ao *plea bargain*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant, 2019.

A colaboração premiada, conforme já tratado, é um instituto que visa a obtenção de provas no âmbito de determinada organização criminosa, de maneira que o prêmio é uma forma de incentivo ao colaborador para que este facilite a persecução criminal, “a essência da colaboração premiada é de natureza processual, em viés probatório, com o afastamento do acusado de sua posição de resistência, a partir da fragilização de sua defesa e aderência à persecução penal” (VASCONCELLOS, 2020, p. 62).

De toda forma, para que órgão acusatório consiga que o acusado passe a colaborar, é necessário, para que haja a tratativa entre as partes, a exteriorização de vontade de realizar um acordo. O Ministério Público deverá pactuar um benefício proporcionalmente ao que o colaborador ofereceu, havendo uma necessária contraposição de interesses, neste sentido “a causa do negócio jurídico – entendida como interesse juridicamente relevante buscado pelas partes – é distinta para a acusação e para defesa” (MENDONÇA, 2017, p. 55), uma vez que a acusação tem interesse na obtenção de provas e a defesa, por sua vez, enxerga o acordo como estratégia, visando obter benefícios legais.

Além do mais, o acordo possui natureza jurídica contratual, a qual tem suas bases estabelecidas pelo Direito Civil, deste modo Bonfim e Didier Júnior:

Em síntese, a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850.2013 é (i) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontades da parte é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (ii) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficáciais e seu conteúdo; (iii) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista material e processual, haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (iv) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos (DIDIER JR.; BONFIM, 2016, p 194).

Pode-se dizer que, a priori, os acordos de colaboração premiada possuem natureza de negócio jurídico processual, entretanto, tendo em vista a complexidade de tal negócio, este também irradiará efeitos materiais no curso da ação penal. Neste sentido:

Portanto, na fase de investigação trata-se de um instituto puramente processual; nas demais fases, a colaboração premiada é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial, redução ou substituição da pena ou progressão de regime) (SILVA, 2015, p. 57).

A própria Lei 12.850/13, dita quais são os elementos necessários para que haja o acordo, sendo eles: (i) regularidade e legalidade; (ii) adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, (iii) adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos pela lei; e (iv) voluntariedade da manifestação de vontade.

A voluntariedade se traduz na espontaneidade do agente em pactuar o acordo, tendo em vista que impreterivelmente terá que abrir mão de alguns direitos, como o de não autoincriminação e o direito ao silêncio. Não por outro motivo que o colaborador deverá estar sempre acompanhado de sua defesa técnica, a qual deve assegurar a livre e espontânea vontade deste em aderir aos termos do acordo.¹⁸

Já a regularidade é um exame dos aspectos formais do acordo, entendendo-se esses como os requisitos mínimos de um negócio jurídico processual, qual seja, a defesa estar munida de procuração com poderes específicos, ter o termo tramitado normalmente, ou seja, requisitos meramente formais¹⁹.

Para que haja a adequação dos resultados é necessário que o sujeito passivo, ora colaborador, proponha o alcance a pelo menos um dos seguintes objetivos previstos no artigo 4º, da Lei 12.850/13: (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

¹⁸ Existe forte crítica no sentido que há uma falsa voluntariedade nos mecanismos negociais dentro da esfera penal, pois distorcem o sentido de justiça criminal e acabam por mercantilizá-la, assim “importante assentar que a barganha e os mecanismos negociais em sentido amplo acarretam inevitáveis violações às democráticas premissas que impõem a necessidade do respeito às regras do devido processo penal como requisito para uma condenação criminal, visto que inviabilizam o exercício da defesa, distorcem os papéis dos atores do campo jurídico-penal, aumentam exponencialmente a possibilidade de condenações de inocentes, acarretam punições ilegítimas pelo exercício do direito ao processo, desvirtuam a presunção de inocência e o contraditório, dentre outras críticas imperativas” (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1108-1134).

¹⁹ A Lei 12.850/13 trata das formalidades legais exigidas para o acordo: Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público. §1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público. § 2º Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público. § 3º 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. § 4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.

pela organização criminosa; (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

De fato, o artigo 3-A, incorporado pela Lei 13.964/19 na Lei de Organização Criminosa, afirma que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova”. Assim, enquanto temos de um lado o acusador buscando a obtenção de provas para penetrar na organização criminosa, noutro, o colaborador adere à acusação feita pelo órgão persecutório.

Contudo, há quem defenda que os prêmios poderão ser estipulados mesmo sem a formalização do acordo, o que é chamado de colaboração premiada unilateral, afirmando que enxergar a colaboração premiada unicamente como negócio jurídico processual é ter uma visão manca do instituto, pois não o contempla em toda a sua abrangência, concluindo que:

Desde que as informações disponibilizadas, unilateralmente, pelo colaborador atinjam os resultados previstos em lei para a premiação, faz-se mister a concessão do prêmio pelo juiz, independentemente da existência de qualquer acordo previamente firmado com o Ministério Público. Tal constatação é decorrência natural dos postulados constitucionais do devido processo legal, da separação entre os Poderes da República, da ampla defesa e da razoabilidade, sob o ângulo da proporcionalidade (SANTOS, 2017, p. 160).

A discussão sobre a possibilidade de receber prêmios colaborando unilateralmente reforça a ideia de um maior controle do Poder Judiciário sobre os acordos, pois inegável que será o juiz o responsável a decidir sobre os prêmios, enfraquecendo a autonomia do Ministério Público. Assim, dispensar-se-ia o acordo, mas o réu deve manter postura colaborativa processual, produzindo provas para justificar as benesses quando da sentença.

Admitindo-se a necessidade de um acordo ou não, conforme a inteligência do artigo 3-C, §3º e §4º, trazidos pela Lei 13.964/19, na pactuação do acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e a proposta de colaboração deve indicar as provas e os elementos de corroboração. Passa-se então à uma análise da natureza jurídica dos elementos que estão carreados no acordo.

1.4 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

A Lei 12.850/13, em seu artigo 3º, traz a colaboração premiada expressamente como um dos meios de obtenção de prova, de forma que esta será admitida em qualquer fase da persecução penal, aliás, os prêmios estabelecidos para a colaboração mudam de acordo com a fase em que esta é oferecida²⁰, tendo em vista que para os acordos realizados ainda na fase de investigação poderão ser oferecidos todos os prêmios dispostos no artigo 4º, enquanto para a colaboração realizada após a sentença somente poderá ser oferecida a progressão de regime ou a redução de metade da pena.

Seguindo o entendimento jurisprudencial, a Lei 13.964/19 modificou a lei das organizações criminosas e adicionou o artigo 3º-A, o qual estabelece que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”, não deixando qualquer dúvida para outra possível interpretação.

Aqui se faz necessária uma elementar compreensão trazida por Callegari e Linhares (2019, p. 35) tendo em vista que “o acordo de colaboração premiada é um instrumento a serviço da tarefa de produção de elementos de prova, mas não se constitui ele próprio em um elemento de prova”. É dizer que o acordo de colaboração premiada em si é um meio de obtenção de prova que, quando homologado pelo juiz, permite que os elementos constantes no acordo adentrem no processo ou investigação como meios ou elementos de prova.

Veja-se que é de extrema importância, portanto, a conceituação e diferenciação do que é uma (i) fonte de prova; (ii) meio de prova; e (iii) elemento de prova. O critério clássico de diferenciação entre tais elementos irá permitir a correta avaliação dos elementos contidos na Colaboração Premiada.

Para tanto, conforme Badaró (2019, p. 391), a fonte de prova é o elemento apto a fornecer dados que serão apreciáveis pelo juízo, de forma que se pode dizer que as fontes de prova preexistem ao processo. Este é o caso de uma pessoa que assiste de acaso a prática de um crime, de uma coisa ou documento que possam servir de base para a persecução penal.

²⁰ Na colaboração realizada durante as investigações ou o processo, admite-se que existem três fases: A proposta, a homologação pelo juízo e a sentença, dando eficácia ao que foi pactuado (BORRI; SOARES, 2017).

Já os meios de prova são instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são conduzidas ao processo. É o caso da perícia realizada no instrumento do crime, do depoimento prestado pela pessoa (testemunha) que presenciou o delito.

Elementos de prova, de acordo com Magalhães Filho (2005, p. 307), são “dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção que interessa à decisão da causa”. Combinando os elementos anteriormente citados, temos que a fonte de prova será trazida ao processo através de algum meio de prova, produzindo então elementos de prova para que se produza o resultado da prova. Para exemplificar: a pessoa que viu o crime (fonte de prova) será arrolada como testemunha (meio de prova) e então prestará seu depoimento (elemento de prova) do qual será analisada sua pertinência (resultado da prova) com os demais elementos de prova presentes no processo.

Voltando à Lei 12.850/13, esta define a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, de maneira que “os meios de obtenção de provas (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de prova, estes, sim, aptos a convencer o julgador” (BADARÓ, 2017, p. 130). Conclui-se que enquanto os meios de prova interferem diretamente no convencimento do juízo, os meios de obtenção de prova somente o fazem de maneira indireta.

Portanto, logo se vê um problema, já que a colaboração premiada é, *ab initio*, um meio de obtenção de prova, porém traz consigo fontes e elementos de prova que merecem um maior cuidado por parte dos operadores do direito. Não por outro motivo que houve a modificação do artigo 4º, §16, da Lei de Organizações Criminosas, para constar expressamente que não se pode decretar medida cautelar, receber denúncia ou proferir sentença com base apenas nas declarações do Colaborador:

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória

A modificação veio em boa hora, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, instada a se manifestar por diversas vezes - especialmente diante do alto número de colaborações premiadas que envolviam figuras políticas com foro privilegiado no âmbito da Operação Lava Jato - vinha vacilando sobre a possibilidade de recebimento de denúncia baseado unicamente nos depoimentos prestados pelo Colaborador ou quando houvesse colaborações cruzadas, ou seja, o depoimento de um

colaborador em ressonância com o depoimento de outro colaborador²¹. Até que no já citado HC 127.483/PR foram estabelecidas as primeiras bases sólidas sobre os elementos contidos nos acordos, o voto condutor do Ministro Dias Toffoli dissecou a matéria no seguinte sentido:

Outrossim, o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.

Não obstante, diante da natureza de negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova²², o acordo de colaboração premiada traz consigo ao menos três elementos: (i) o termo de colaboração firmado entre as partes, no qual devem constar as cláusulas pactuadas; (ii) as declarações do colaborador e (iii) os elementos de corroboração. As declarações e os elementos de corroboração são divididos em anexos, de maneira que cada anexo faz referência à um fato determinado, a título de exemplificação, pode-se pensar em um colaborador que delata esquemas de cobrança e recebimento de propina em diversas pessoas jurídicas através de diferentes negócios, de forma a não se tratar da mesma organização criminosa.

No termo de colaboração deverá constar, de acordo com o artigo 6º, da Lei 12.850/13: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados²³; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação

²¹ Em relação às colaborações cruzadas, no mesmo Habeas Corpus 127,483/PR, apesar de não ser a mérito de fundo a ser decidida, a Ministra Carmem Lúcia abriu divergência no sentido da possibilidade de se proferir sentença condenatória baseada nas declarações do Colaborador, pois entendidas como meios de prova: “Reconhecido que o acordo de delação premiada tem natureza jurídica dúplice, sendo, além de meio de obtenção de prova, elemento de prova ou, no mínimo, indício probatório, peço vênica ao Ministro Relator para dele divergir, nesse ponto, quanto à premissa de que vários acordos de colaboração premiada são, por si sós, insuficientes a ensejar condenação criminal”

²² Badaró critica a tentativa de classificação do instituto, pois: “Em suma, não é possível extrair do regime jurídico dado à colaboração premiada uma conclusão segura e, sobretudo, praticamente útil, em classificar a colaboração premiada exclusivamente como um meio de prova, ou apenas como meio de obtenção de prova. Por outro lado, considera-la como um instituto de natureza “mista”, isto é, como meio de prova e também como meio de obtenção de prova pouco ou nada representa” (BADARÓ, 2017, p. 137).

²³ Os depoimentos prestados pelo Colaborador estão sujeitos ao que se chama de ‘duplo registro’, pois para melhor aferir sua voluntariedade, o artigo 4º, §13º, determina que os depoimentos deverão ser gravados por meio audiovisual, sobre o tema: “Nestes moldes, a imposição legal de se realizar o registro audiovisual das declarações do colaborador deve ser estritamente seguida pelo delegado e Ministério Público, excepcionando-se as obrigações apenas em casos peculiares, sob pena de nulidade do acordo de colaboração premiada, em decorrência do descumprimento de atos e fórmulas previstas na lei de organização criminosa (art. 564, IV, CPP), e, por sua vez, a ilegalidade da prova” (BORRI; SOARES, 2017, p. 183).

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. Inclui-se aqui também o termo de confidencialidade, que é um pacto entre os acordantes para que não vazem as negociações.

Logo, enquanto o termo de colaboração premiada é a representação do negócio jurídico processual em si que contém as cláusulas do acordo, em seus anexos constam o depoimento do Colaborador para cada fato e seus elementos de corroboração. Com esse intento, Vasconcellos traz uma classificação de cada um desses elementos:

Resumidamente, em termos gerais, a colaboração premiada, como método de investigação, que se caracteriza como um acordo para cooperação do acusado na produção probatória, é um meio de obtenção de provas. Tal visão parece ter sido adotada nos termos inseridos pela Lei 13.964/19: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos” (art. 3^a-A, Lei 12.850/13). Sob outra perspectiva, seu interrogatório/oitiva será o meio de prova, juntamente com eventuais produções de provas documentais, por exemplo. Por fim, a confissão do delator e as declarações incriminatória a terceiros serão elementos de prova, como resultados da oitiva do colaborador. Tal mecanismo negocial é, portanto, um fenômeno complexo, que envolve diversos atos e situações processuais, o que ressalta a necessidade de especificação do elemento de que se está a tratar quando da análise de sua natureza (VASCONCELLOS, 2020, p. 72).

Portanto, trata-se de instrumento com várias particularidades e cabe aos operadores do direito desvendá-las. No entanto, como o propósito da pesquisa está relacionado à pactuação dos benefícios, passemos a analisá-los.

1.5 DOS PRÊMIOS ESTIPULADOS PELA LEI 12.850/13

A lei 12.850/13, em seu artigo 4º, previu de maneira genérica que as partes poderão pactuar os seguintes prêmios: (i) perdão judicial, (ii) redução da pena em até 2/3 (dois terços), (iii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No mais, também poderá o órgão acusatório não oferecer a denúncia para o colaborador que não seja líder da organização criminosa, for o primeiro a prestar a colaboração efetiva e desde que se trate de infrações das quais o Ministério Público não tenha prévio conhecimento. Considera-se ainda a redução da metade da pena e a progressão de regime para aquele que colaborar após a sentença. Desta forma, estes são os prêmios expressamente definidos na Lei 12.850/13:

- (i) Não oferecimento da denúncia;
- (ii) Perdão judicial;
- (iii) Redução da pena em até 2/3 (dois terços);
- (iv) Redução da pena em até ½ metade para aquele que presta a colaboração após a sentença;
- (v) Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;
- (vi) Progressão de regime para aquele que presta a colaboração após a sentença.

Pode-se inserir ainda no rol dos prêmios a possibilidade da diminuição da pena de multa, uma vez entendido que esta deve guardar proporcionalidade com a sanção privativa de liberdade (PEREIRA, 2019, p. 180) ou a cominação de prestação de serviços sociais, pois pertencem às penas restritivas de direito, a exemplo das 200 horas de palestras que os doleiros colaborardes Tony e Juca Bala na Operação “Lava-Jato” darão para representantes de órgãos do combate ao crime organizado²⁴.

Questão ainda que surge com a possibilidade da pactuação de outros benefícios que não os previstos expressamente no rol da Lei 12.850/13, faz-se quando pactuado o perdão judicial, uma vez que este extingue a punibilidade do agente, conforme artigo 107, IX, do Código Penal, afastando a incidência do artigo 91 do Código Penal, tornando possível a negociação sobre o produto do ilícito (PEREIRA, 2019, p. 182).

Sobre o ponto, aqueles que defendem uma colaboração premiada mais restritiva não admitem que se pactue o produto do ilícito ainda quando houver acordo com a previsão de perdão judicial, uma vez que “não é função do *parquet* negociar o patrimônio público, visto que implica transação de valores que não pertencem ao Ministério Público, mas à sociedade” (BITTAR, 2020, p. 300).

Contudo, a prática forense tem demonstrado que os acordos de Colaboração Premiada vêm sendo pactuados com uma plêiade de benefícios não previstos em Lei²⁵, como o cumprimento de regime disciplinar diferenciado, a liberação de bens originários das atividades ilícitas, acordos sobre a pena de multa, entre outros, de maneira que aqueles que foram delatados passaram a contestar a legalidade dos acordos firmados,

²⁴ Disponível em: [<https://piaui.folha.uol.com.br/materia/escolinha-de-tony-juca-bala/>]. Acesso em: 29.11.2020

²⁵ Um dos casos mais emblemáticos é a colaboração premiada realizada por Alberto Youssef em que se definiu, entre outras coisas, a pena mínima de multa. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>. Acesso em: 25.07.2020

um dos motivos pelos quais a jurisprudência tem se pronunciado diversas vezes sobre o instituto²⁶.

Em contrapartida, a Lei 13.964/19, quase como uma resposta aos operadores do Direito, inseriu no artigo 4º, o §7º, II, com a seguinte redação:

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

I - regularidade e legalidade;

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

Aponta Bittar (2020, p. 205) que a novação normativa é contraditória, pois não permite a progressão de regime - um dos melhores prêmios possíveis - ao colaborador que negocia antes da sentença, de modo que ante a desproporção e contradição evidentes, haveria a revogação tácita do §5º, do artigo 4º, da Lei 12.850/13.

Outra solução é apontada por Vasconcellos (2020, p. 201), que enxerga o §5º, do artigo 4º, em uma visão sistemática, de maneira que é possível a fixação de percentuais diferenciados para a progressão de regime, o que não se pode acordar é o cumprimento de regime fora das regras da Código Penal e da Lei de Execução Penal.

Neste sentido, parece que o legislador caminha para preencher as vagezas da lei e regulamentar os acordos de colaboração premiada. Sobre o ponto, a doutrina se divide, basicamente, em duas fundamentações distintas: aqueles que aceitam uma maior liberdade entre os acordantes, de maneira a adotar um sistema mais aberto e amplo, baseado, entre outras, na ideia de um modelo de um devido processo consensual:

No âmbito da Colaboração Premiada há, assim, um novo modelo de justiça penal. Baseado no consenso, referido modelo impõe – até mesmo para proteção do sistema tradicional – que as garantias sejam relidas à luz de um devido processo penal consensual, em especial por dois motivos: (i) primeiro, porque as garantias tradicionais não darão as respostas necessárias e

²⁶ “Em contraposição à sistemática prevista no ordenamento brasileiro, os acordos formalizados no âmbito da operação Lava Jato têm inovado em diversos aspectos, como a previsão de ‘regimes diferenciados de penas’, a liberação de bens provenientes de atividades ilícitas, a regulação da imunidade a familiares e terceiros ao acordo, a renúncia ao acesso à justiça e aos recursos e a imprecisão de um dever genérico de colaboração” (VASCONCELLOS, 2020, p. 177).

adequadas, pois são pensadas, criadas e implementadas para situações em que há posições antagônicas entre as partes; (ii) segundo, porque, ao forçar a aplicação de princípios tradicionais a situações de consenso, acabar-se-á por conspurcar as garantias tradicionais, prejudicando um marco regulatório construído em séculos de história, a muito custo, levando à “erosão” das referidas garantias processuais (MENDONÇA, 2017, p. 102).

Enquanto outra parte da doutrina entende pela aplicação mais limitada da colaboração premiada, de forma que, ainda que haja certa liberdade dada pela lei para o oferecimento de benefícios, deve-se respeitar os limites estabelecidos pelo Legislador, vez que “é incontornável que o postulado de interesse público do combate à criminalidade tem de manter-se nos “níveis de tolerância” ditados pela juridicidade estatal, ou seja, pelos princípios fundamentais do ordenamento jurídico interno” (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 137).

Em relação ao primeiro grupo, suas principais fundamentações se baseiam em (i) um sistema de justiça negocial com ampla liberdade dada pelas partes para negociarem; (ii) a busca por uma maior eficiência do processo penal, ou o chamado ‘estado de necessidade de investigação’(PEREIRA, 2019. p. 89); e (iii) uma faceta do princípio da obrigatoriedade onde ‘quem pode o mais, pode o menos’.

Já os que defendem um sistema de colaboração premiada mais rígido, baseiam-se no (i) devido processo legal como norteador do sistema processual brasileiro; (ii) a proporcionalidade em sentido estrito como baliza para o uso da colaboração premiada; (iii) o princípio da *nulla poena sine judicio* em que cabe ao magistrado decidir sobre os benefícios.²⁷

Desta forma, no próximo capítulo, abordaremos os argumentos relacionados àqueles que pensam no uso da colaboração premiada de maneira mais ampla, ou seja, a defesa de um processo penal consensual e de uma maior liberdade entre as partes, de modo a justificar o excepcional uso de um meio de obtenção de prova e os poderes do Ministério Público.

²⁷ “Pensa-se que a justiça criminal negocial no processo penal pátrio precisa, necessariamente, respeitar critérios definidos na legislação, em atenção à legalidade, fomentando um modelo limitado de acordos no âmbito criminal” (VASCONCELLOS, 2020, p. 179).

CAPÍTULO 2 – A POSSIBILIDADE DO OFERECIMENTO DE PRÊMIOS NÃO PREVISTOS NA LEI 12.805/13 – UM SISTEMA DE COLABORAÇÃO PREMIADA QUE PERMITE ÀS PARTES O PODER DE PACTUAÇÃO SOBRE OS PRÊMIOS

O presente capítulo pretende abordar os pontos que são utilizados como justificção para o uso da colaboração premiada, de maneira que não se pretende esgotar os temas, mas analisá-los sob uma ótica favorável à adoção do mecanismo de investigação através da justiça negociada.

É importante ressaltar, metodologicamente, que o capítulo três, que virá a seguir, porá luzes sobre os mesmos temas ora tratados, contudo, com uma visão mais crítica e restrita sobre a utilização da colaboração premiada. Portanto, o que se tem a seguir é a exposição dos principais tópicos abordados que parecem favorecer a adoção da colaboração premiada.

Por certo que primeiro é preciso discorrer sobre o devido processo penal consensual, uma vez que é dentro do espaço de possibilidade de negociação entre acusação e acusado que surge a colaboração premiada, após será analisado o sistema acusatório como corolário da liberdade de negociação entre as partes, vez que o próprio Supremo Tribunal Federal já o utilizou como justificativa para adoção da justiça negociada.

Seguindo no capítulo, pretende-se discorrer sobre o argumento utilitarista para a utilização da colaboração premiada, qual seja, a necessidade e dificuldade de se penetrar nas organizações criminosas, de forma que a pactuação entre o Ministério Público e o membro participante de organização criminosa tem se mostrado meio de obtenção de prova eficaz de combate ao crime, assim, restringir o alcance dos acordos -notadamente a possibilidade de oferta de prêmios, pois, afinal, é o que mais interessa àquele que vai delatar seus comparsas - faz com que o instrumento perca sua força.

Por fim, traça-se um olhar sobre o Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade, afinal, o órgão acusatório, como principal interessado na persecução penal, deveria ter maior liberdade de agir com o intuito de perseguir e dismantelar a organização criminosa, de maneira que o princípio da obrigatoriedade, a norma jurídica que obriga o Ministério Público a perseguir todo e qualquer crime, sem exceção, não é impedimento para que se diminua o poder de atuação do órgão acusatório, uma vez que

está se falando de oferecimento de prêmios a um delinquente com a finalidade de punição de um maior número de pessoas.

2.1 O DEVIDO PROCESSO PENAL CONSENSUAL

O crescimento da complexidade da sociedade²⁸ com o conseqüente aumento do enredamento das relações entre os indivíduos, fez surgir novos problemas para o sistema judiciário, seja diante de sua alta carga de demanda ou pela exigência de novos meios de resolução de conflitos, dentro os quais se destaca o modelo de justiça consensual.

Segundo o jurista estadunidense Strang (2014, p. 30), todos os países do mundo possuem alguma forma de *plea bargaining* ou negócios jurídicos penais que dispõem sobre o mérito, ainda que informais, sendo certo que falar de processo penal consensual não constitui nenhuma novidade no mundo jurídico.

Analisando outros sistemas jurídicos, percebe-se que outros países já adotam mecanismos de acordos criminais de longa data (BRANDALISE, 2016). Por certo que, conforme anteriormente visto, a negociação dentro da esfera penal pode abarcar diversas formas, as quais vão do *plea bargaining* norte-americano aos acordos de colaboração premiada

O direito processual penal consensual pode ser caracterizado “pela utilização de institutos em que o Sistema Penal acaba abrindo mão das respostas tradicionais, manifestadas pela imposição de pena ou medida de segurança, e passa a adotar soluções alternativas” (CABRAL, 2020, p. 66), incluindo-se, portanto, dentro de tal conceito, o *plea bargain*, os institutos de transação penal e suspensão condicional do processo previstos na Lei 9.099./95, o acordo de não persecução penal e a colaboração premiada.

O termo consenso significa consentimento ou acordo, representando um ponto em comum para qual os interesses das partes convergem, o que parece, à primeira vista, pouco compatível com o processo penal. Dentro do consenso há quem diferencie justiça

²⁸ É importante ressaltar que com o aumento da complexidade das relações e da vida urbana, pode-se falar em criminalidade de massa e criminalidade organizada, estando a colaboração premiada ligada à esta última, pois enquanto aquela é fruto e produto da violência urbana cotidiana, esta “pressupõe modus operandi específico, coordenado, sistemático e frequentemente estruturado em cadeias similares às de sociedades empresárias. Sob esse viés, constituiria forma de criminalidade contemporânea, notadamente relacionada com a delinquência econômico-financeira, atuando em setores ilícitos com significativa margem de lucro, uma vez que a obtenção de vantagem econômica seria seu principal objetivo” (VIANA, 2017, p. 34).

penal consensual e justiça negociada. O modelo consensual seria mais marcado pela submissão de medidas da pessoa acusada à sua prévia anuência, enquanto a justiça negociada tem como mote o poder de negociação das partes, conferindo maior autonomia para os atores envolvidos, em termos de comparação, a justiça consensual estaria para um contrato de adesão enquanto a justiça negociada se assemelharia a um contrato sinalagmático (LEITE, 2009, p. 31).

Neste sentido, o acordo de colaboração premiada consolidou-se como um paradigma para a instituição de um novo modelo de justiça criminal no Brasil, conforme trecho do voto do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da Questão de Ordem na Petição 7.074:

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal.

O sustentáculo da nova justiça penal negociada reside no chamado princípio do devido processo consensual, o qual resulta da noção de que a autonomia da vontade está atrelada à própria dignidade da pessoa humana, e de que a criação de espaços de consenso no processo penal provocaria a ascensão de um novo paradigma processual pautado nos valores da liberdade, da eficiência, da boa-fé objetiva e da lealdade (MENDONÇA, 2017, p. 64).

Pode-se afirmar que a expansão do consenso no processo penal se dá tendo em vista que a sociedade espera que o processo penal atue como instrumento de proteção da pessoa acusada bem como que resguarde o interesse social na repressão dos delitos e no funcionamento satisfatório da justiça criminal, afinal “o processo não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação” (FERNANDES, 2010, p. 15).

Há evidente discrepância entre o novo modelo de Justiça Criminal e o Processo Penal Tradicional. Enquanto no processo litigioso há um modelo de “ganha-perde”, em que ou o Ministério Público obtém a condenação e “ganha”, ou “perde” caso o réu seja absolvido, no modelo negocial, pautado na autonomia da vontade, o modelo é de “ganha-ganha” (MENDONÇA, 2017, p. 62), porquanto ocorrem concessões recíprocas entre a acusação e a defesa.

Para além disso, a acusação e o acusado não figuram, como ocorre no modelo tradicional, como sujeitos separados por um antagonismo, porquanto o investigado compromete-se a cooperar no modelo negocial, conforme se aduz do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, ressignificando o *nemo tenetur se detegere*, de modo que assumem o colaborador e o Ministério Público uma espécie de convergência de interesses em função do contrato.

Neste sentido, em casos cujo lastro probatório é totalmente desfavorável ao réu e que provavelmente lhe resultará uma pena elevada, a doutrina estadunidense costuma se referir ao *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (BATNA), uma escala de ponderação na qual se estabelece que quanto pior é a alternativa fora do acordo, maior a sua chance de celebração, já que se torna um dos únicos meios de evitar a incidência de uma pena maior:

A colaboração do acusado pode se dar por razões morais de arrependimento e de busca do correto, mas também pode ocorrer por válida estratégia processual. É a aplicação da teoria econômica do crime, em tempos modernos ressaltada por Becker (1968) na explicação de que a maioria dos homens escolheria praticar delitos se a utilidade esperada pelo crime excedesse a utilidade esperada do emprego do tempo em outras atividades, como um trabalho normal. O ganho pelo crime supera o custo do risco de ser descoberto. Se percebe o réu que o resultado do processo será a condenação, pode ser-lhe interessante até confessar o crime, apenas para obter a atenuação da pena (pela confissão espontânea do art. 65, III, d, do Código Penal). É favor de pena que incidirá independentemente do bom intento do colaborador, bastando que seja utilizada a confissão como uma das provas da culpa na sentença (CORDEIRO, 2020, p. 36).

Na realidade, embora muitas críticas sejam levantadas à justiça penal negociada no sentido de que o interesse público envolvido não pode ser transigido, esta é uma proposição que parte de pressupostos errôneos. Isso porque “a indisponibilidade sobre o direito material não importa necessariamente na inadmissibilidade das convenções sobre o processo” (CABRAL, 2016, p. 165).

A indisponibilidade de um direito não se confunde, portanto, com a impossibilidade de sua negociação. Ademais, a nova justiça penal negociada não tem por finalidade a relativização do interesse público, mas a proposição de uma perspectiva penal baseada no consenso, que está lastreada pelos parâmetros da autonomia da vontade e da boa-fé (MENDONÇA, 2017, p. 68). Não se trata, portanto, de renunciar aos princípios, mas de propor uma nova perspectiva para eles, de modo a adequá-los ao contexto jurídico contemporâneo.

Por certo que para se falar em colaboração premiada é necessário que o ordenamento jurídico estabeleça uma base consensual mínima, de modo que não se pode caracterizar o instrumento como um mecanismo, a rigor, de justiça conflitual (CÂMARA, 2018, p. 327), portanto, pode-se concluir que o papel do legislador ao estabelecer prêmios na lei é um mínimo norteador, que servirá de base para as comumente longas e exaustivas negociações entre acusado e acusador.

Conforme aponta Brandalise (2016, p. 229), há uma evidente dicotomia em questão, uma vez que de um lado temos um colaborador e órgão acusatório interessados na colaboração processual, já com a aceitação das consequências, como a produção de prova para a persecução penal, o estabelecimento da pena para o colaborador, a devolução de pecúnia e o pagamento de multa para os cofres públicos, dentre outras medidas passíveis de negociação, enquanto do outro lado tem-se uma criminalidade que cresce exponencialmente de forma violenta e organizada, que não possui qualquer interesse em colaborar com o Estado.

A justiça penal consensual se situa em um espaço dentro da legalidade, de maneira que a possibilidade de negociação não se traduz em poderes irrestritos ao órgão acusatório ou como abstenção do colaborador a seus direitos fundamentais, pelo contrário, quando se trata de colaboração premiada, tem-se um Ministério Público realizando acordo com um único objetivo, o de levar abaixo uma organização criminosa.

O colaborador busca uma situação que lhe é mais favorável perante a acusação, apesar de correr riscos perante os demais membros criminosos que foram delatados, contudo, a plêiade de benefícios que lhe são oferecidos é elemento crucial para que o instrumento da colaboração premiada tenha utilidade, portanto, para que o processo penal consensual se concretize, é necessário que se estabeleçam balizas mínimas, mas seus operadores podem e devem agir com liberdade.

Por certo que o processo penal consensual está estabelecido dentro de um sistema processual penal, assim, nosso ordenamento jurídico, conforme pode ser visto no artigo 3-A do Código de Processo Penal²⁹, adotou o sistema processual penal acusatório³⁰. Passa-se a analisar agora os motivos pelos quais tal sistema condiz com a

²⁹ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

³⁰ “Antes da promulgação da lei 13.964/2019, não havia norma jurídica que expressasse que o Brasil adotou o sistema acusatório como modelo de processo penal, entretanto, desde a Constituição de 1988, a

possibilidade de as partes realizarem o acordo de colaboração premiada com maior liberdade, que, por consequência, perpassa pelo estabelecimento de prêmios não previstos na lei.

2.2 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO COMO COROLÁRIO DA LIBERDADE ENTRE AS PARTES

A priori, quando se pensa em sistema processual acusatório e sistema processual penal inquisitivo, é comum atrelar-se a adoção do modelo acusatório quase como uma evolução democrática perante os absurdos cometidos durante a inquisição, de forma que a evolução da sociedade e dos Estados Democráticos de Direito tenham consagrado o sistema acusatório como modelo justo de processo penal³¹.

No entanto, o primeiro sistema processual a ter aparecido em nossa história ocidental foi o acusatório, na Grécia Antiga, por volta do século V antes de Cristo, sendo uma criação do próprio povo. Já o sistema inquisitorial surge no final do século XII, criado pela Igreja e suas inquisições (VILLA, 2019, p. 21).

Conforme Armenta Deu (2015, p. 122), o final do século XX tem sido uma época de convulsão no âmbito da Justiça Penal, de maneira que países Europeus vêm fazendo reformas em seus códigos processuais penais desde os anos 80, enquanto tal fenômeno surgiu no início da década de 90 para os países da América latina.

Aponta Andrade (2013, p. 479) que os sistemas processuais podem ser definidos como subsistemas jurídicos, de maneira que são formados por elementos fixos e elementos variáveis, sendo que os elementos fixos se destinam à criação e identificação do sistema, enquanto os elementos variáveis permitem sua mobilidade e funcionamento.

Prossegue o autor afirmando que o sistema acusatório se caracteriza por dois elementos fixos: o princípio acusatório e o fato de que somente o oferecimento da acusação permitiria o início do processo. É dizer que o sistema acusatório surge sob o fundamento de se levar equidade a um processo, que antes era formado unicamente pelo

doutrina e a jurisprudência, em sua grande maioria, entendem que a partir de sua promulgação, o processo penal brasileiro aderiu ao sistema acusatório” (PRADO, 2001, p. 199).

³¹ Em extensa obra em que é analisada a evolução e definição dos sistemas processuais penais, Mauro Fonseca de Andrade demonstra que a ideia que se tem de sistema inquisitivo muitas vezes é errônea, vez que “para o desespero daqueles que veem o sistema inquisitivo como o mal supremo no processo penal, sua história nos fornece exemplos em que a desistência do processo, por parte do acusador, determinava o mesmo efeito que se apregoa ser uma característica do sistema acusatório. Esvazia-se, dessa maneira, qualquer vinculação entre os efeitos de uma desistência ou pedido de absolvição ao argumento de ordem sistêmica invocado por aqueles autores” (ANDRADE, 2013, p. 277).

acusado e pelo julgador. Para tanto, limitou-se o poder do órgão julgador e transferiu-se o a legitimidade persecutória a um sujeito distinto do juiz, que, no Brasil, é chamado de Ministério Público.³²

Tem-se que o sistema acusatório é, a priori, um sistema processual penal demarcado logicamente pela delimitação e separação das partes, notadamente o acusador, o acusado e o julgador. A partir daí surge a ideia de que dentro de um sistema acusatório a iniciativa probatória deverá ser das partes:

Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de imputação como de descargo [...] (LOPES JUNIOR, 2016, p. 147).

Se a iniciativa probatória deve ser das partes, a colaboração premiada, vista em seu espectro de negócio jurídico processual penal, está dentro de um dos conceitos primordiais do sistema processual acusatório³³, uma vez que o Ministério Público somente oferecerá os benefícios se o colaborador, por sua vez, oferecer elementos suficientes que corroborem sua versão, pois “incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração”³⁴.

Apesar de uma voz contrária ao uso dos benefícios não previstos em lei na colaboração premiada e resistente à própria utilização de referido instrumento³⁵, Lopes Junior (2016, p. 148) pontua que “a principal crítica que se fez (e se faz) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade),

³² Em nosso ordenamento jurídico a vítima também pode iniciar o processo nos casos de Ação Penal Privada e Ação Penal Subsidiária da Pública, enquanto o Ministério Público é titular da Ação Penal Pública de maneira geral (ANDRADE, 2013, p. 479).

³³ O Supremo Tribunal Federal tem sólida jurisprudência reconhecendo que a separação entre os atores processuais é fundamental para a existência do sistema acusatório: “A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória”. HC 115015, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013

³⁴ Artigo 3-C, §4º, da Lei 12.850/13.

³⁵ Assim se manifestou o autor sobre os espaços de consenso no processo penal: “O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao ‘acordo’ vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 784).

pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes”.

Ora, a colaboração premiada vista no sentido do sistema acusatório, em que a separação da atividade probatória é ponto nevrálgico, parece ser perfeitamente indicada e cabível, já que o juiz se afastará da produção da prova, mantendo sua imparcialidade em relação aos fatos.

No entanto, para que a colaboração premiada se instrumentalize não basta apenas que o órgão acusatório e o colaborador entrem em acordo, pois este, conforme já citado, deverá trazer elementos para provar as suas declarações, mas, principalmente, seu acordo será homologado pelo Poder Judiciário, sua colaboração está condicionada a resultados previstos em lei, e, o ponto fulcral, os delatados, membros da organização criminosa terão acesso à todos os elementos da colaboração premiada e poderão rebatê-los durante todo o processo.³⁶

Prado (2001)³⁷, em obra sobre o sistema acusatório, afirma que uma das marcas características da defesa está em sua participação nos procedimentos, de forma que os espaços de consenso devem ser tomados com cuidado para não prejudicar o sistema acusatório:

- a) que a publicidade interna do procedimento no interior do qual se pretende desenvolver a solução consensual não seja restringida, recusando-se ao imputado – nesta situação independentemente da formalização da condição de acusado – acesso a informações vitais para balisar sua conduta processual;
- b) que o imputado tenha à sua disposição todas as informações necessárias a respeito do significado da adoção dos comportamentos processuais possíveis, com esclarecimentos acerca das consequências de adotar tal ou qual caminho;
- c) que o imputado possa até mesmo agregar informações relevantes para que se decida sobre a conveniência da aplicação das medidas consensuais, exercitando contraditório compatível com a espécie de procedimento

³⁶ Em relação à eficácia da colaboração prevê o artigo 4 da Lei 12.850/13 que da colaboração deverá advir um dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Já quanto aos delatados, tem-se o direito de estes falarem sempre após o delator (artigo 4^a, §10-A), além de que a colaboração terá seu sigilo levantado quando do recebimento da denúncia (artigo 7, §3^o).

³⁷ Ressalte-se que o autor é também um crítico da colaboração premiada: “A arquitetura da delação premiada, por sua vizinhança com a transação penal, guarda ainda outro elemento que em conexão com uma política criminal de penas cada vez maiores, tem potencial para prejudicar a apuração dos fatos, em processo público e em contraditório. O recrudescimento das penas, ditado pelo movimento de lei e ordem, facilita a “sedução” da delação, esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia de convencimento, se converte em poderoso aliado”. (PRADO, 2001, p. 141-142).

simplificado, que de um modo geral identifica as espécies de solução de consenso;

d) finalmente, que não haja redução ou eliminação da presunção de inocência, com inaceitável inversão do ônus da prova mediante pressão sobre o imputado para que aceite soluções consensuais, muitas vezes orientadas pragmaticamente ao fim de desafogar os serviços judiciários, com independência da justiça das composições (PRADO, 2001, p. 141).

Parece que os pontos acima expostos, reforçam a ideia de uma maior liberdade de negociação entre as partes dentro do contexto de um sistema acusatório, tendo em vista que a Lei 12.850/13 tratou de cuidar dos pontos mais sensíveis em relação às tratativas entre acusado e acusador, como o termo de confidencialidade, a proibição de recebimento da denúncia, adoção de medidas cautelares baseadas unicamente em colaboração premiada, e a presença obrigatória de um advogado em todas as fases da negociação.

Como bem pontuou o ministro Alexandre de Moraes em seu voto na Questão de Ordem na Petição 7074/DF:

Não poderá o Poder Judiciário invadir a legítima escolha feita consensualmente, entre as opções legal e moralmente reservadas para a realização do acordo de colaboração, de maneira a, simplesmente, alterar a opção licitamente realizada, sob pena de atentar contra a ratio legal e o sistema penal acusatório consagrado constitucionalmente

É necessário pontuar que, para que seja reconhecida a devida validade da colaboração premiada, é necessário que haja a voluntariedade do acusado, o qual não pode ser coagido; que o colaborador possua informação suficiente para a tomada de uma decisão racional, e a presença de um advogado durante toda a negociação; além de que haja a adequação da proposta à gravidade dos crimes cometidos (FABRETTI, 2018, p. 284).

Poder-se-ia objetar que, ao contrário dos Estados Unidos, nosso sistema acusatório não é adversarial, mas inquisitorial³⁸, de maneira que a busca pela chamada verdade real é o norte do processo, sendo que a pactuação entre o Ministério Público e o colaborador acabaria por desvirtuar o sistema, já que o juiz teria que aceitar uma verdade acordada pelas partes.

³⁸ O sistema acusatório poderá apresentar dois modelos de produção de provas, os quais tem intrínseca relação com a participação do juiz ao longo do processo. Nos locais em que a ideologia dominante é a liberal, adota-se o *adversarial system*, vez que deixa às partes a plena produção das provas. Já onde predomina uma visão de caráter público, há a adoção do *inquisitorial system*, pois o juiz pode suprir a omissão das partes na produção de provas através de determinação de diligências *ex officio judicis*. (ANDRADE, 2013, p. 238).

Entretanto, tal crítica não pode ser feita à colaboração premiada da forma em que esta foi instituída no Brasil, isso porque a ideia de uma pactuação da verdade entre as partes se assemelha mais ao acordo de não persecução penal e às figuras previstas na lei dos juizados especiais³⁹. Conforme já mencionado, para que o colaborador possa usufruir de seus prêmios é necessário que a colaboração tenha sido efetiva e alcance um dos objetivos previstos na lei. É preciso lembrar que o objetivo principal do acordo de colaboração premiada é o desfazimento da organização criminosa, de maneira que ainda que o colaborador não seja denunciado, ele participará do processo, não havendo sequer uma supressão de fase processual, que contará com a denúncia, resposta à acusação, audiência de instrução e julgamento, alegações finais e sentença.

Além disso, todos os réus do processo, delatados ou não, possuem amplo acesso à colaboração premiada e todos seus elementos, de forma que a história narrada pelo colaborador será confrontada com as demais provas colhidas pelo Ministério Público e com as versões apresentadas pelos demais réus do processo. Caso os fatos narrados pelo colaborador não se sustentem, este não receberá seus benefícios, como restou claro no HC 127.483/PR, no voto do Ministro Dias Toffoli:

Em suma, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados terão legitimidade para confrontar, em juízo, as afirmações sobre fatos relevantes feitas pelo colaborador e as provas por ele indicadas, bem como para impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor com base naquelas declarações e provas, inclusive sustentando sua inidoneidade para servir de plataforma indiciária para a decretação daquelas medidas - mas não, repita-se, para impugnar os termos do acordo de colaboração feito por terceiro.

O sistema acusatório, portanto, dá um alto grau de importância à atuação das partes processuais, de maneira que a pactuação de um acordo de colaboração premiada como forma legítima de produção de provas para a persecução penal de organização criminosa não desrespeita a ordem legal, pelo contrário, reforça a ideia de um sistema

³⁹ Nos juizados especiais, apesar de não haver a assunção de culpa, há a aplicação quase imediata de medidas que muito se assemelham a uma pena: “Em linhas gerais, são a transação penal e a suspensão condicional do processo formas de mitigação dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, mas sendo a primeira a que mais se assemelha aos institutos negociais com aplicação imediata de pena. De acordo com o instituto da transação penal, permite-se ao Ministério Público o oferecimento de proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, hipótese em que haverá a renúncia pelo acusado ao seguimento do processo. Vale dizer que não há uma assunção formal de culpa, funcionando o instituto à semelhança no *nolo contendere* norte-americano” (NARDELLI, 2014, p. 356).

em que o juiz é o destinatário da prova, cabendo às partes a impulsão processual, o que justifica uma maior liberdade quando da negociação de benefícios.

A adoção do sistema acusatório representa um norte na forma de atuação das partes, mas é preciso entender que o instrumento de colaboração premiada é um critério político-criminal adotado pelo legislador e voltado principalmente para a obtenção de provas e elementos de informação, ou seja, há claramente uma ideia de efetividade do processo penal, que se atenta não apenas à proteção dos acusados, mas também legitima a intervenção estatal que busca combater a criminalidade⁴⁰.

Não se pode ter uma visão caolha de um processo penal que existe apenas para a proteção dos acusados de cometer crimes, afinal, também é preciso voltar os olhos para as vítimas e para a sociedade que sofre com as práticas criminosas, neste sentido, passa-se a uma análise que pensa a colaboração premiada como um importante instrumento de combate ao crime organizado.

2.3 O PROCESSO PENAL EFETIVO COMO COROLÁRIO DO USO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme já amplamente abordado, desde o final do século XX e início do século XXI, pôde-se observar uma tendência internacional de crescimento dos instrumentos de cooperação no direito, seja através da pactuação de tratados internacionais e/ou da adoção de mecanismos internos. Assim, é inegável que a expansão da possibilidade de negociação dentro da justiça criminal possui uma íntima relação com “a expansão do fenômeno dos maxiprocessos criminais⁴¹, geralmente

⁴⁰ “Os direitos fundamentais referenciam a positivação protetiva dos direitos humanos, oferecendo a base estrutural do Estado de Direito, por vincularem-se aos Diplomas Internacionais e à CF, exigindo a superação dos principais *déficits*, tanto de compreensão quanto de integração, dogmáticos ou jurídicos. No âmbito do processo penal, além de estabelecerem limites à intervenção estatal (*face negativa*), a legitimam (*persecutio criminis, incidência da potestade punitiva, v. g*) em todas as suas etapas (aspecto positivo), rompendo a certeza cartesiana através da abertura material aos princípios estruturantes do processo penal democrático e humanitário” (GIACOMOLLI, 2014, p. 79).

⁴¹ O conceito de maxiprocessos pode ser extraído de Ferrajoli que entende ser este um elemento estrutural do direito penal de exceção que se desenvolve horizontalmente, verticalmente e temporalmente (FERRAJOLI, 2002, p. 661). Existem alguns elementos que apontam para a existência de tal fenômeno: “maxiprocessos, que podem ser inicialmente compreendidos a partir de algumas evidências, tais como, a privilegiada posição social dos investigados (em geral políticos e empresários), a utilização de meios de obtenção de informações tecnologicamente mais avançados e ocultos capazes de devassar a intimidade dos investigados, com a consequente espetacularização do processo, a possibilidade da imprensa expor ao público conversas e vídeos captados em investigações ou mesmo acompanhar em tempo real a execução de fases ostensivas com medidas prisionais, conduções coercitivas ou de buscas e apreensões domiciliares, tornaram o processo conduzido como “operações” um produto de venda essencial à mídia” (SANTORO, 2020, p. 83).

vinculados ao domínio da criminalidade organizada e da persecução à corrupção interna em prol do mercado” (BOLDT, 2020, p. 1225)⁴².

No caso específico da colaboração premiada, pode-se substituir a ideia de celeridade e prazo razoável do processo pela de eficiência da justiça criminal no combate à criminalidade organizada, assim, tem-se que:

A escolha de utilizar o modelo de recompensa experimenta com êxito na luta contra o terrorismo político se funda em razões político-criminais em sentido estrito, fruto – se assim se quer – das considerações de razão prática. A reflexão de fundo se articula sobre a necessidade de conhecer o interior da organização de caráter mafioso, que não poderia ser adquirido de maneira diversa e com o duplo objetivo de verificação dos fatos do delito e da identificação dos culpados (MUSCO, 1998, p 38 [tradução nossa]).

Por certo que a colaboração premiada não é panaceia para todos os males que afligem a ordem jurídica e que a utilização descabida e desarrazoada de instrumentos excepcionais de investigação sob o pretexto de se acabar com a corrupção é ineficaz e acaba abrindo as portas para um perigoso autoritarismo:

A influência da transnacionalização do combate à corrupção sobre o processo penal resta evidenciada no exemplo da Operação Lava Jato e do movimento criado em torno dela, cujos propósitos estão evidenciados nas Dez Medidas Contra a Corrupção apresentadas pelo MPF e no Pacote Anticrime aviado por Sergio Moro. Nesse sentido, e por derradeiro, conclui-se que o lavajatismo repercutiu e reforçou o discurso anticorrupção predominante no cenário internacional, baseado na demonização do Estado e do funcionalismo público (considerados os culpados pela corrupção) e no endeusamento do setor privado - mercado (considerado imaculado), incrementando-o com o moralismo conservador típico das elites brasileiras, gerando um quadro muito útil para a direita autoritária que almejava retornar ao poder (e retornou!). A Lava Jato é exemplar em demonstrar o modo como a sanha anticorrupção contribui para a reforçar e ressignificar velhos paradigmas processuais autoritários e também o quanto a instrumentalização do processo penal visando fins políticos pode comprometer uma já fragilizada democracia (GLOECKNER; SILVEIRA, 2020, p. 1168).

Entretanto, não se pode perder de vista que a colaboração premiada, por ser técnica de investigação excepcional, que somente deverá ser utilizada quando os outros meios de prova não estiverem disponíveis. Além de restar devidamente declarada a sua

⁴² Pontua-se que o autor da frase se mostra contrário ao uso da Colaboração Premiada como instrumento de combate à corrupção, vez que no mesmo texto afirma que: “A “inevitabilidade” da colaboração com o sistema de justiça criminal por meio do fortalecimento da confissão e da delação de terceiros aniquila, na prática, as pretensões garantistas e confere novos traços ao processo penal moderno, cuja matriz inquisitória inviabiliza propostas reformistas e humanizadoras” (BOLDT, 2020, p. 1230).

utilidade, necessita-se que esteja presente o interesse público que gerou o acordo, sob pena de não homologação.⁴³

A essência da colaboração premiada é clara, pois visa revelar e, por consequência, destruir toda a estrutura e o funcionamento de uma organização criminosa, além da devolução de dinheiro aos cofres públicos através de multas pesadas que consistem na reparação do dano, de forma que em razão da importância dos crimes praticados pela organização criminosa, o Estado opta por conceder ao réu colaborador uma contrapartida, que pode ser a simples redução de pena e a alteração do regime prisional, o perdão judicial ou, na melhor das hipóteses, a imunidade processual.

Deste modo, ao contrário do que ocorre nos países de *common law*, em que os instrumentos de colaboração entre acusado e acusador derivam dos postulados orientadores do próprio sistema jurídico, no sistema brasileiro, a utilização da colaboração premiada é uma consequência da necessidade de eficiência no controle da criminalidade grave (MEDINA, 2013, p. 13).

Como bem pontua Pereira, existe um verdadeiro conflito de interesses dentro do processo penal, um pêndulo que oscila entre o garantismo, voltado para a defesa do indivíduo que se vê face à uma acusação criminal por parte do Estado; e a operatividade, que tem como escopo a utilização do processo penal para resolução dos conflitos relacionados à criminalidade:

Resumindo o problema de legitimidade constitucional do tema da colaboração processual, de um dos lados dos polos em latente tensionamento tem-se princípios constitucionais direcionados à exigência de operatividade do sistema penal compreendido conjuntamente, os quais radicariam em um interesse da ordem jurídico-penal de eficiência na investigação e esclarecimento dos delitos. No extremo contrário estariam princípios oriundos de conformidade à justiça e garantia, tais como: igualdade, culpabilidade, tratamento isonômico dos acusados, que, em tese, tenderiam a afastar a possibilidade de a ordem jurídica receber mecanismo de persecução embasado na atitude cooperativa de autores do crime (PEREIRA, 2019, p. 69).

⁴³ O artigo 4º, §7º, da lei 12.850/13, pontua que o juiz somente homologará o acordo após analisar: § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no **caput** e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do **caput** deste artigo; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Para que haja um necessário equilíbrio entre as garantias individuais e se mantenha a funcionalidade do processo penal, a Lei 12.850/13 traz diversos mecanismos que visam a legalidade, voluntariedade e regularidade do acordo, de maneira que não se pode falar em atuação às margens da lei ainda quando pactuados prêmios não previstos expressamente nela.

Aliás, uma maior gama de prêmios é extremamente necessária para que o infrator se proponha a colaborar, já que a pactuação de um acordo com a forma fechada de cumprimento de pena, o valor pecuniário a ser desembolsado e a previsão de todos os demais desenlaces se traduz em uma maior segurança jurídica para o colaborador que, por sua vez, faz com que a colaboração premiada tenha êxito, já que agora o Ministério Público conseguiu informações valiosas sobre o funcionamento da organização criminosa.

Ainda pensando em eficiência, pode-se dizer que a colaboração premiada reafirma uma espécie de prevenção especial⁴⁴, já que, conforme Bittar (2020, p. 151), a mera existência de uma colaboração premiada - que tem nos benefícios penais seu principal atrativo - cria uma instabilidade dentro das organizações criminosas, pois rompe com a lei do silêncio, gerando o desmantelamento do grupo.

Certo que uma vez que os membros da organização criminosa passem a desconfiar que estão sendo investigados, a ideia de que pode haver um traidor no grupo com medo da punição e tentado a colaborar para receber um grande leque de benefícios é enorme, de maneira que se os benefícios forem poucos, como os que prevê a Lei 12.850/13, a tentação do colaborador e a tensão de que haja um 'traidor' na organização criminosa acaba por esvanecer.

Propõe-se que a eficiência deve ser analisada sob uma ótica de que a investigação deve atingir os seus objetivos, qual seja, o de produzir o maior número de provas possíveis com o intuito de elucidar os fatos e punir os criminosos, de maneira que a colaboração premiada, usada de maneira correta, mostra-se um importante instrumento para atingir a completa efetividade do processo penal.

⁴⁴ Sobre prevenção geral e especial: Afirma-se que a prevenção de futuras condutas delitivas pode ser alcançada ou pretender-se alcançá-la mediante a prevenção geral ou a prevenção especial. Para uns a prevenção se realiza mediante a retribuição exemplar e é prevenção geral, que se dirige a todos os integrantes da comunidade jurídica. Para outros, a prevenção deve ser especial, procurando com a pena agir sobre o autor, para que aprenda a conviver sem realizar ações que impeçam ou perturbem a existência alheia (ZAFFARONI, 2011, p. 98).

Afinal, todo o aparato de persecução penal está orientado para a concretização da justiça que não pode se contentar apenas com a repressão dos delitos, mas também em como atingir tal objetivo, de maneira que a colaboração premiada se demonstra como uma resposta lógica e razoável ao crescente fenômeno das organizações criminosas e da criminalidade econômica (PÁDUA, 2018, p. 64).

Não se está a apregoar a ausência de defesa dos delatados, mas permitir que os órgãos de persecução penal consigam apurar a verdade para que haja a devida punição dos agentes, o processo será eficiente se alcançar um resultado justo, que o legitime, “que assegure a ambas as partes os exercícios de seus direitos e as proteja com as garantias constitucionais” (FERNANDES, 2008, p. 24), as quais estão previstas na Lei 12.850/13, pois, haverá o devido contraditório por parte dos delatados, além de que o juiz deverá averiguar a efetividade da prova produzida pelo colaborador:

Encontrar o meio termo necessário à prevenção e uma justa repressão à violência que assombra e desestabiliza as sociedades do mundo contemporâneo é o grande desafio do penalista de hoje. Confrontar o garantismo ineficiente e o eficientismo que não garante para deles extrair o fundamento legitimador da intervenção penal ideal é dever de casa para todo aquele que se consagra ao estudo e à aplicação da ciência (MENEZES, 2010, p. 47).

É preciso que se faça uma verdadeira adequação do direito e do processo penal à realidade que o circunda, de forma que o processo penal necessita de uma maior efetividade no enfrentamento da complexa criminalidade moderna (BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 26), que por estar à margem da lei está sempre um passo à frente dos órgãos públicos que visam combater a o crime. Retirar a possibilidade de oferecimento de benefícios ao Ministério Público acaba por reduzir seu poder de convencimento perante o colaborador e, conseqüentemente, diminui a efetividade da colaboração premiada que, por sua vez, é instrumento de efetividade do processo penal.

Poder-se-ia indagar se as alterações trazidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 no sentido de que o juiz somente poderia homologar os acordos que adequem os benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º do artigo 4ª da Lei 12.850/13, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal e as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal, além dos requisitos de progressão de regime quando a colaboração premiada não for posterior à sentença,

acabaria por limitar a efetividade dos acordos, uma vez que parece que o legislador definiu que somente os benefícios previstos em lei podem ser acordados.

Contudo, ao analisar os benefícios previstos na Lei 12.850/13, é possível inferir que ainda existe uma ampla gama de negociações em relação às penas corpóreas, vez que consta no artigo 4º que poderá o juiz conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos. Assim, é cabível a completa extinção da pena, a redução em até 2/3 representa que pode ser acordada uma diminuição maior ou menor e a substituição da pena em restritiva de direitos é medida ampla que comporta a prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e perda de bens e valores.

Além do mais, o legislador sempre se mostrou preocupado com a efetividade do processo penal nas espécies de criminalidade organizada, tendo em vista que, conforme já visto no primeiro capítulo, diversas leis preveem benefícios ao colaborador. Deste modo, a Lei de lavagem de dinheiro prevê que a pena poderá cumprida em regime aberto ou semiaberto. Assim, ao imaginar um colaborador que esteja sendo investigado pelo crime de organização criminosa em que também se efetuava a lavagem de dinheiro, não há como negar que o colaborador possa cumprir uma possível pena em regime mais benéfico, tornando inócua a nova legislação.

Note-se que a mesma Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 também previu a possibilidade de solução consensual entre as partes nos casos de Improbidade Administrativa, permitindo-se pensar então que um colaborador que tenha cometido crime no âmbito da Administração Pública poderá pactuar com o órgão acusatório - que é o mesmo que oferece a ação penal e a ação de improbidade – cláusulas que digam respeito ao ressarcimento do dano, que não estão previstas na Lei 12.850/13.

As questões dos benefícios legais estão intrinsicamente ligadas aos poderes do titular da ação penal, o Ministério Público, de maneira que este sempre foi obrigado a perseguir todo e qualquer crime através do oferecimento de uma ação penal, o que se chamou de princípio da obrigatoriedade⁴⁵, contudo, uma vez que a própria lei permite

⁴⁵ “De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, cada vez mais questionado no âmbito do próprio Ministério Público, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Não contam com nenhuma disponibilidade, ao contrário, vale o dever de persecução e acusação. Assim, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal” (LIMA, 2020, p. 323).

ao Ministério Público deixar de oferecer a ação penal, é preciso perquirir se este órgão também não poderia propor outros benefícios não previstos em lei, pois se se pode deixar de exercer seu maior múnus constitucionalmente estabelecido, a pactuação de outros benefícios parece ser consequência lógica.

2.4 DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE COMO POSSIBILIDADE DA PACTUAÇÃO DE BENEFÍCIOS NÃO PREVISTOS EM LEI

Quando o Estado proibiu a vingança privada e monopolizou a atividade pública de prestar jurisdição, percebeu-se que cabe ao Estado o combate à criminalidade, seja de maneira repressiva ou de maneira preventiva (JARDIM, 1998, p. 12)⁴⁶.

Certo que a trajetória evolutiva do processo penal brasileiro não ocorreu de maneira célere, mas, pelo contrário, foi lenta e árdua. Não se pode dizer que temos um processo penal acabado, já que este é fruto de uma complexa evolução histórica que caminhou dialeticamente de uma visão privatista para uma concepção publicista (JARDIM, 1998, p. 23).

Através do Ministério Público, o Estado assumiu a titularidade da persecução criminal sem precisar comprometer sua neutralidade judicial, de maneira que desaparece a acusação privada, entregando as funções do processo a três sujeitos distintos: Defesa, Ministério Público e Juiz (JARDIM, 1998, p. 25).

O dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito (JARDIM, 1998, p. 48). Em uma acepção mais estrita, informa o princípio da legalidade que a persecução penal não pode depender de uma vontade subjetiva dos órgãos, pois estes têm o dever de atuar segundo o ordenamento jurídico vigente (GIACOMOLLI, 2006, p. 50).

Em uma análise histórica sobre o princípio da obrigatoriedade, Cabral (2020, p. 28) aponta que a obrigatoriedade ou princípio da legalidade processual penal tem sua

⁴⁶ O fato do autor ser citado neste capítulo não tem relação com seu posicionamento sobre a possibilidade de pactuação de benefícios não previstos em lei, pois este já se manifestou em sentido contrário: “em trabalho anterior, apresentado ao XXI Congresso do Ministério Público, realizado no ano passado, na cidade do Rio de Janeiro, sustentamos que o Ministério Público não pode oferecer ao delator “prêmio” que não esteja expressamente previsto na lei específica. Tal limitação se refere não só ao tipo de benefício (prêmio), como também se refere à sua extensão, mesmo que temporal. Assim, o membro do Ministério Público não pode oferecer ao indiciado ou réu algo que importe em “afastamento” do Código Penal, Lei de Execução Penal ou Código de Processo Penal. Esta manifestação de vontade não pode se colocar acima do nosso sistema processual” (JARDIM, 2016, p. 3).

origem no ideário iluminista, servindo como uma espécie de freio contra os abusos e perseguições cometidos pelo antigo regime, no entanto, a garantia acabou por se virar contra o próprio cidadão, uma vez que se solidificou a ideia de que a única resposta possível para as práticas delitivas seria a pena judicializada por meio de um processo.

Prossegue o autor propondo uma nova concepção do princípio da obrigatoriedade, de forma que este não pode mais ser visto como uma imposição cega de se fazer sempre a mesma coisa e a todo o custo, a principal ideia é a de que não pode o Ministério Público, sem justa causa, perseguir ou deixar de perseguir arbitrariamente alguns, é preciso legitimação (CABRAL, 2020, p. 33).

Já de tempos, a doutrina processual tem denunciado que a obrigatoriedade da ação penal é um mito, vez que completamente inoperante na prática. Concluindo-se até mesmo que é insustentável a ideia de uma obrigatoriedade absoluta, por violar as premissas de igualdade de tratamento entre os sujeitos (VASCONCELLOS, 2017, p. 8).

Afirma-se que o princípio da obrigatoriedade é indubitavelmente voltado para evitar arbitrariedades do poder de punir do Estado, no entanto, nada impede que tal princípio seja utilizado para favorecer o acusado uma vez que ao invocar o princípio da legalidade para impedir a concessão de benefícios extralegais para aquele que colabora, está se praticando uma lógica inversa dos direitos fundamentais, pois prejudica aquele que deveria ser beneficiado (MENDONÇA, 2017, p. 88).

E é justamente no caso da colaboração premiada quando o Estado não está em busca de punir o colaborador de maneira mais severa, pelo contrário, são benefícios concedidos em uma situação em que não há, ao menos frontalmente, um conflito de interesses, já que ambas as partes possuem vontade de fazer o negócio.

Quando a Constituição Federal de 1988 assumiu que o Ministério Público se tornaria o titular da ação penal pública, entendeu-se que a instituição seria a responsável pela perseguição dos crimes, de forma que o que não se pode fazer é a perseguição arbitrária da criminalidade ou de um criminoso, no entanto, existe certa discricionariedade de atuação do órgão, a qual se chama de oportunidade ou discricionariedade regrada, pois a acusação teria liberdade, em determinada situação, de buscar a melhor solução para o conflito penal (SUXBERGER, 2016, p. 14).

Portanto, no âmbito das organizações criminosas, a Lei 12.850/13 estabeleceu um amplo espaço de discricionariedade para o Ministério Público, vez que permitiu que o órgão até mesmo deixe de oferecer a ação penal em face do colaborador. Em consequência, se o princípio da obrigatoriedade advém de uma obrigação do Ministério

Público perseguir a criminalidade sem arbítrio, a possibilidade que o legislador ofereceu de a instituição até mesmo deixar de oferecer a ação penal para conseguir provas, leva a um entendimento que é possível a pactuação de benefícios extralegais, afinal, se é possível o não oferecimento da ação, medida extrema, é proporcional que se possa pactuar outros benefícios de menor monta, desde que não prejudique o colaborador.

Nesta linha de pensamento o Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto na Questão de Ordem 7074/DF disserta sobre os novos tempos da criminalidade de colarinho branco e as novas maneiras de obtenção de prova, as quais devem acompanhar o progresso da sociedade, sob pena de termos um sistema penal defasado frente uma criminalidade altamente tecnológica.

O Ministro entende que uma vez que a Lei tenha previsto a possibilidade de se conceder o perdão judicial - a medida mais benéfica possível dentro de um processo penal -, as partes poderiam acordar qualquer outro benefício, sob a ótica de que quem pode o mais, também pode o menos:

E, depois de ter dito que a colaboração premiada se situa num ponto de interseção entre a justiça estatal formal e a justiça negociada, ainda que depois homologada pelo Estado, eu acho que o acordo de colaboração premiada é, em última análise, um acordo de vontades, é um contrato. Um contrato com muitas especificidades, mas ele é um contrato. De modo que é perfeitamente possível e legítimo que, na colaboração premiada, sejam concedidos os benefícios que estão previstos na lei, como, por exemplo, redução da pena, regime de execução diferenciado, ou mesmo a extinção da punibilidade. Portanto é possível prever o que já esteja de antemão escrito na lei, mas também é possível se estabelecerem condições razoáveis e legítimas, independentemente de elas estarem expressamente previstas na lei, evidentemente, desde que elas: I) não sejam vedadas pelo ordenamento jurídico; II) não agravem a situação do colaborador. Portanto, não é possível, mediante pacto em acordo de colaboração premiada, punir-se o colaborador com sanção mais grave do que aquela que o direito penal posto admitiria, isso me parece fora de dúvida. Mas fora essas duas situações - uma sanção vedada, ou totalmente contra a ordem pública, ou uma sanção que agrave a situação do colaborador em relação ao direito vigente -, eu acho que tudo o mais que tenha razoabilidade, que não seja absurdo, pode, sim, a meu ver, ser negociado, mesmo que não esteja previsto em lei, porque isso é da natureza das relações negociais.

Os argumentos trazidos pelo Eminentíssimo Ministro expõem uma maneira de ver a situação que prima pela liberdade dos agentes na pactuação do acordo, ressalvando que, o que não caberia era a pactuação de prêmio que extrapolasse as penas previstas em lei, aplicando-se o princípio ou garantia do *favor rei*, ou seja, é cabível se mais benéfico ao réu.

A par de tais considerações, é possível concluir que o princípio da obrigatoriedade surge quase como razão de ser do Ministério Público, porquanto é figura titular da ação penal e não tem discricionariedade quando da perseguição dos delitos, tendo a obrigação de buscar a solução de todas as infrações penais. No entanto, a colaboração premiada, devido à sua lógica de negócio jurídico processual que visa o combate à criminalidade não se afasta da obrigatoriedade, mas a reforça, vez que o Ministério Público somente fez o acordo com o intuito de alcançar mais criminosos que são partes da organização criminosa.

Quando se afirma que o Ministério Público pode desistir da ação penal em um acordo, é consequência lógica que o mesmo poderá pactuar outros benefícios, pois serão de menor monta, restringindo-se a pactuação de benefícios que possam piorar a situação do colaborador, pois somente isso poderia configurar uma afronta ao princípio da legalidade.

CAPÍTULO 3 – A IMPOSSIBILIDADE DO OFERECIMENTO DE PRÊMIOS EXTRALEGAIS – A COLABORAÇÃO PREMIADA DEVE SER GUIADA POR UM REGIME ESTRITAMENTE LEGAL EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Uma vez que se viram os argumentos que favorecem a pactuação de benefícios extralegais, passa-se a uma análise crítica dos mesmos itens que foram objetos do capítulo anterior, contudo, agora sob uma visão crítica de tais fundamentos, com os olhos voltados para uma visão mais restrita da colaboração premiada.

Em um primeiro momento é preciso realizar um cotejo do que foi chamado no capítulo anterior de processo legal consensual com o devido processo legal, vez que só faz sentido se falar em consenso dentro de parâmetros legais pré-estabelecidos em nosso ordenamento jurídico.

Passa-se também à uma análise crítica do sistema acusatório, mas agora não como corolário de liberdade entre as partes, senão como um modelo de processo penal que preza pela separação das funções exercidas entre os atores do processo, que não pode aceitar qualquer tipo de pacto sobre a verdade dos fatos, tendo em vista a função pública que a jurisdição exerce por meio do processo.

Para contrabalancear o que foi chamado de efetividade do processo penal no capítulo anterior, agora será analisada a colaboração premiada sob uma ótica do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, notadamente a demonstração de que o instrumento de colaboração premiada somente faz sentido quando utilizado dentro dos estritos parâmetros legais.

No último tópico é reforçada a ideia de que as partes não podem pactuar uma pena fora dos parâmetros legais, uma vez que a pena, por ordem constitucional, somente pode ser estabelecida pelo Poder Judiciário, sendo que a necessidade de homologação do acordo é a prova concreta de que o legislador entende que os benefícios deverão ser averiguados pelo juiz, sendo este o único legitimado a estabelecer uma pena em concreto.

3.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL X O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSENSUAL

O princípio do devido processo legal é uma das normas mais basilares e fundamentais do Direito Processual Penal e sua origem remonta à Magna Carta de 1215⁴⁷ através de uma clara tentativa de arrefecer o poder absoluto dos monarcas ingleses, submetendo-o aos preceitos legais com o objetivo de evitar a prisão e a perda de bens com lastro tão somente no próprio alvedrio de tais governantes.

A noção de que o processo supostamente garante segurança é antiga e remonta dos clássicos dogmas de que a lei é a expressão da vontade popular, de modo que, representativamente, toda a sociedade seria uma espécie de corpo em relação ao qual o Poder Legislativo seria a mente, manifestando suas vontades, e o Poder Executivo (e o Judiciário) seria os braços e pernas capazes de concretizar tais anseios. Neste sentido, o elemento da legalidade atua como um mecanismo de legitimação do Poder Público:

A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido. Ou em outras palavras traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula (BONAVIDES, 2000, p. 116).

Com a evolução paulatina de seu conteúdo, o *due process of law* contemporâneo comporta duas acepções distintas, porém complementares: uma substantiva e outra procedimental (NUCCI, 2020, p. 58). A primeira corresponde ao nevrálgico princípio da legalidade, que costuma ser enunciado como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, traduzindo a necessidade de lei anterior tanto para definir a existência do crime quanto de sua sanção respectiva (TOLEDO, 1994, p. 21), sendo, pois, o cerne de todo o Direito Penal.

Já no que tange ao aspecto procedimental, trata-se da exigência da observação de um conjunto pré-estabelecido de prazos, atos processuais e outras formalidades que possibilitam a persecução legítima do crime, bem como, caso venha a ser condenado o réu, a aplicação da pena ou medida de segurança. Neste sentido, o devido processo legal

⁴⁷ “Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”.

é uma garantia fundamental do indivíduo contra o Poder Público e encontra esteio no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁴⁸.

As formalidades impostas pelo princípio do devido processo legal, entretanto, não devem constituir meros entraves à duração razoável do processo ou ao correto deslinde dos feitos, porquanto tal princípio não possui fim em si mesmo, haja vista que se trata de um instrumento para a realização dos anseios democráticos e, sobretudo, sociais de punição, mas sem prescindir da ideia de que o Direito Penal (bem como o Processo Penal) deve garantir ao acusado o direito de ser sancionado sob os pressupostos e dentro dos limites legais (ROXIN, 2002, p. 8).

A noção fundamental do *due process of law* não é conduzir a uma verdade real por meio do processo – princípio este que, na realidade, integra uma mitologia processual –, mas tão somente assegurar o correio deslinde procedimental do feito, aliado ao exercício do contraditório e da ampla defesa, sem prescindir dos outros princípios processuais penais e garantias fundamentais que garantem validade à persecução judicial do crime (FERNANDES, 2010, p. 17).

Por isso, a doutrina e a jurisprudência contemporâneas estão cientes de que nem sempre o desfecho do processo irá condizer com o que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, já que a cognição do Juízo sempre será limitada em face da reconstrução perfeita e fidedigna dos acontecimentos delituosos. Contudo, o objetivo não é, portanto, atingir a verdade⁴⁹, mas garantir que a condenação ou absolvição foram precedidas da observância e do cumprimento dos preceitos legais e processuais do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, não coaduna com o devido processo legal a pretensão de tentar obter a verdade a todo custo, porquanto, além de imperfeita, tal “verdade” pode gerar prejuízos gravíssimos ao Estado Democrático de Direito e, sobretudo, ao indivíduo que é acusado e se submete ao Poder Judiciário, desvirtuando toda a dinâmica do sistema penal acusatório e da paridade de armas entre as partes.

Em consequência disso, muitas vezes, o resultado obtido ao final do processo pode ser uma condenação injusta, ou ainda, a impunidade do acusado, o que gera um

⁴⁸ Art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴⁹ “O conceito de verdade está, por isso, vinculado, desde o início, a determinados projetos investigativos, que devem variar conforme as diversas expressões e significados dos respectivos objetos. Se se pode dizer que os processos investigativos dependem de uma evolução, de uma tradição experimental, que lhes forneça subsídios a se apresentarem como adequados ou válidos, da mesma forma se pode dizer que o conceito de verdade não pode se dissociar dessa mesma tradição” (CASARA; TAVARES, 2020, p. 114.)

extremo descontentamento popular e aumenta a sensação de insegurança e de ineficiência dos meios institucionais de resolução do conflito, cerceando a credibilidade do Poder Público e do sistema penal como um todo.

Ademais, o encarceramento em massa tornou nítido que a mera privação da liberdade por um determinado lapso de tempo – o resultado mais comum e esperado da maioria dos processos penais – não é mecanismo capaz e suficiente para promover a ressocialização, sua função primordial (SOUSA, p. 31). Por isso, de forma paulatina e gradual, uma série de alterações no funcionamento do processo penal foi introduzida, de modo a buscar o aumento de sua eficiência e de seus resultados úteis.

Neste sentido, ainda que se fizesse austero cumprimento do devido processo penal, observou-se que o dispêndio de recursos públicos e de tempo era muito grande em relação à exígua quantidade de benefícios obtidos em contrapartida, de modo que se começou a cogitar um processo penal mais simples que tivesse por fulcro não apenas a segurança jurídica e as garantias fundamentais, mas também a reparação dos danos provocados pelo ilícito penal – o que seria muito mais útil que uma infrutífera tentativa de ressocialização do sujeito (GOMES, 2011, p. 222).

Evidencia-se, assim, a noção de um devido processo legal consensual, cujo marco epistemológico no Brasil foi a positivação do acordo de colaboração premiada nos atuais moldes da Lei n.º 12.850/2013⁵⁰, haja vista que tal instituto possibilitou, em tese, uma aproximação quase que horizontal entre as partes – o réu e o Ministério Público –, em que figurariam, em razão da convergência de ambos quanto ao intuito de cooperar com a persecução criminal, não mais como dois adversários com interesses opostos.

Neste sentido, o art. 4º da mencionada lei elenca uma série de atitudes e resultados pretendidos pelo legislador⁵¹ para que o acordo de colaboração premiado venha a ser considerado útil e, desta feita, possa ser celebrado a fim de garantir benefícios de ordem processual e penal ao investigado que, em contrapartida, buscará ao

⁵⁰ “A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal.” (Questão de Ordem na Petição n.º 7.074, Celso Mello)

⁵¹ I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

máximo a cooperação com o Poder Público para obter o melhor desfecho no que tange a persecução criminal.

Destarte, sob a égide do paradigma do devido processo legal consensual, toda a mentalidade processual penal vem a ser alterada para um modelo que, apesar de não prescindir das garantias fundamentais, busca, na maior medida do possível, a prevalência dos resultados em proveito das formas, porquanto se trata de eminente reação ao suposto formalismo outrora vigente e que acabava por consumir tempo em demasia.

Torna-se patente que a grande inspiração do devido processo legal consensual remonta à filosofia utilitarista cujo preceito basilar é de que um bom resultado é aquele no qual o prazer se mostra maior que a dor e, neste sentido, ainda que o acordo de colaboração premiada possa resultar em “impunidade” para o investigado/colaborador, permitirá a punição dos demais integrantes do grupo e, por conseguinte, o desmantelamento da organização criminosa.

Ademais, o modelo resultante da maior valorização da autonomia da vontade – do qual resulta o devido processo legal consensual – fez surgir, conforme narrado, um novo modelo de justiça penal baseado não somente em garantias, porém, outrossim, na busca por atenuar os efeitos deletérios do crime, erigindo-se a chamada justiça penal negocial:

Nesse sentido, em um acordo de colaboração premiada, o próprio réu fornece elementos à acusação para formação do convencimento do juiz em torno da sua culpabilidade, em troca de benesses em caso de uma provável condenação. As partes atuam de modo convergente a uma mesma finalidade, consistente na aplicação dos termos pactuados em acordo de colaboração. A contraposição de interesses, ali, é apenas potencial (o réu, afinal, pode, a qualquer momento, desistir do acordo, retornando o processo ao seu espaço de conflito). Enquanto perdurar o acordo, todavia, as partes devem agir em conformidade com as cláusulas pactuadas, ou seja, existe um princípio de atuação convergente das partes (consenso), derivado do princípio da boa-fé objetiva refletido no princípio que veda a alegação da própria torpeza, traduzida no brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium*. Esses princípios, interligados, são os principais vetores axiológicos do processo penal negocial e é a partir deles que se desenvolve todo o trabalho exegético em torno das questões a ele relacionadas (MENDONÇA; DIAS, 2017, p. 129).

Contudo, apesar de a justiça penal negociada derivar dos sistemas da *Common Law* – em especial, do modelo jurídico estadunidense –, cujo modelo jurídico mais marcante é o acusatório, deve-se perceber que a negociação entre as partes não é uma característica nevrálgica do sistema penal acusatório, nem tampouco integra sua

essência – trata-se, a bem da verdade, de mero acidente que, a depender do contexto histórico-cultural, pode ou não se harmonizar com tal sistema.

Neste sentido, nem sempre a maior proximidade entre as partes para criar espaços de consenso aptos a promover a negociação com base na autonomia da vontade – premissa básica do devido processo legal consensual – mostra-se como elemento pertinente para construir um sistema penal acusatório eficiente; ao contrário: pode, muitas vezes, subvertê-lo em prol das utilidades pretendidas, porquanto não se pode presumir, apenas por envolver maior contato entre as partes, que os negócios jurídico-processuais celebrados pelo investigado e pelo Ministério Público de fato correspondem à efetiva vontade do primeiro.

3.2 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NÃO REPRESENTA A COMPLETA LIBERDADE ENTRE AS PARTES

Os modos de organização e estruturação do Processo Penal pelos mais diversos países do mundo deram origem a uma dicotomia entre dois sistemas: o inquisitório e o acusatório, sendo que, no segundo, o Juiz é visto como um sujeito passivo totalmente separado da acusação e da defesa, um sujeito imparcial que será influenciado pela produção das provas de ambas partes a fim de que possa decidir.

No sistema inquisitório, devido à histórica concentração de poderes do Juiz, erigiu-se o processo penal sob os moldes do princípio da verdade real, de modo que se busca, na maior medida do possível, averiguar se efetivamente os fatos criminosos ocorreram ou não. Já o sistema acusatório é mais cético quanto à persecução de uma verdade, porquanto se conforma com a obtenção de um equivalente jurisdicional de verdade, visto que o objetivo primordial não é a “verdade” (já que esta seria inacessível), mas a resolução da lide. Neste sentido:

Com efeito, Ferrajoli destaca que a oposição dicotômica entre acusatório e inquisitório implica em designar uma dupla alternativa: de um lado, modelos opostos de organização judicial; de outro, métodos diferentes de averiguação judicial.

Do primeiro ponto defluem distintas concepções de juiz penal, enquanto do segundo dimanam dois tipos diversos de juízos. Na sequência, adverte o doutrinador que se pode chamar acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção (PRADO, 2001, p. 241).

Muitas vezes, a maior proximidade entre as partes e o caráter democrático são elencados como atributos fundamentais do sistema processual penal acusatório, mas, a bem da verdade, não constituem sua essência, haja vista que o único ponto comum entre todos os sistemas acusatórios existentes é justa e tão somente a divisão de papéis entre os sujeitos integrantes do Processo Penal (ANDRADE, 2013).

Contudo, a princípio, não há nada que impeça que o Juiz ou quaisquer das partes descumpra os direitos e garantias fundamentais do processo penal sem que isso descaracterize a divisão de papéis que cada um desempenha, o que colabora para demonstrar que sistema acusatório e democracia não são sinônimos; ao contrário, podem ser, a depender do contexto histórico, inclusive termos antagônicos.

Por isso, pretender afirmar que o sistema acusatório representa a completa liberdade entre o Ministério Público e o réu – ainda que em sede do acordo de colaboração premiada – não é algo que se mostra verdadeiro, porquanto suas posições jurídicas são, por natureza, antagônicas. Neste sentido, o investigado claramente não possui o mesmo poder de negociação que o *Parquet*, pois sua liberdade (e muitas vezes a integridade) corre riscos de ser cerceada pelo Poder Público, de modo que se assume claramente uma postura mais vulnerável (KALKMANN, 2019).

Não é porque o devido processo legal consensual proporciona maiores espaços de consenso no âmbito do processo penal que o elemento da voluntariedade estará sempre presente. Basta cogitar que, durante o Período Medieval, no sistema inquisitório, a tortura era um meio de forçar o suspeito de falar aquilo que sabia – e, caso cedesse aos tormentos físicos, de certo modo, seu depoimento ainda seria voluntário, já que resultou de uma escolha entre falar ou continuar a sentir dor.

Ora, ainda no acordo de colaboração premiada, as partes não possuem a mesma capacidade de estruturação dos seus termos, visto que o colaborador não tem nenhum meio de impor forçosamente ao Ministério Público sua celebração. Já quanto ao *Parquet*, não se pode olvidar que, na prática, pode-se valer do estado de fragilidade do investigado para utilizar, mediante pressão, o acordo de colaboração premiada como sendo o único meio possível, por exemplo, de impedir que sua prisão preventiva seja decretada, de modo a vilipendiar expressamente o elemento da voluntariedade – muito embora, a ideia da colaboração premiada traduza a convergência volitiva das partes:

Porém, não é bem isso que vemos na prática. É cada vez mais comum se ver a utilização da prisão cautelar, preventiva ou temporária, como forma de forçar a delação. Tal método é uma forma de aniquilamento do preso e de pressão cooperativa para a busca da confissão. Trata-se de método antigo, francamente utilizado desde a idade média (inquisição) e repetido por todos os regimes autoritários, porém inaceitável em pleno estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito (SANTIAGO NETO, 2016, p. 40).

Contudo, são em exemplos tal qual este que se pode perceber que a ampliação dos espaços de consenso no âmbito do acordo de colaboração premiada pode acabar por arrefecer o elemento da “legalidade” no “devido processo legal consensual”, haja vista que, na situação narrada, a negociação entre as partes seria capaz de afastar a força normativa dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, o que claramente atenta contra a segurança jurídica e contribui para a precarização do investigado.

Neste sentido, a Justiça Penal negociada representa um grave risco às garantias fundamentais do investigado caso não seja executada com as devidas cautelas:

É importante que se compreenda que a negociação no processo penal é sempre sensível, pois representa um afastamento do Estado/juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito. Portanto, é uma opção sempre perigosa. Ademais, significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, a doutrina afirma que o promotor é o juiz às portas do tribunal. A lógica negocial, se banalizada, transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. Constitui, também, verdadeira expressão do movimento da lei e ordem, na medida em que contribui para a banalização do Direito Penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor (LOPES JR., 2020, p. 855).

O próprio princípio do devido processo legal consensual parte do pressuposto de que a autonomia da vontade é atributo que se relaciona de maneira extremamente íntima com o princípio da dignidade humana. Neste sentido, conforme a inteligência da Constituição Federal de 1988, a dignidade humana foi elencada como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), cuja significação remonta à impossibilidade de vilipendiar os elementos que constituem a essência humana, como é o caso do livre-arbítrio e da autonomia da vontade.

Sob a égide de tal pensamento, não se pode admitir, por exemplo, que a origem utilitarista do acordo de colaboração premiada prevaleça sobre a dignidade humana, ainda que pareça mais proveitoso coagir o investigado a celebrar o termo a fim de, posteriormente, dismantelar uma grande organização criminosa. Ademais, pressionar o

colaborador a fim de que ele celebre o acordo é algo que vai de encontro à própria matriz do instituto, a qual deriva dos sistemas jurídicos da *Common Law*, pautados principalmente na voluntariedade. Neste sentido:

A justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, para com isso chegarmos ao “melhor” resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica. Se acrescentarmos a esse quadro o fator tempo – tão importante no controle da produção, até porque o deus-mercado não pode esperar –, a eficiência passa a ser mais uma manifestação (senão sinônimo) de exclusão (LOPES JR., 2020, p. 856).

No que concerne ao investigado, utilizar de meios diretos ou indiretos de coação para força-lo a fornecer os elementos necessários para prosseguir a persecução penal é uma conduta que pouco se diferencia materialmente da tortura – que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro –, haja vista que se trataria de um modo de obter provas mediante uma confissão ilícita ao usar a prisão como uma tática processual (ROSA, 2015, p. 113).

Ora, o alto potencial de negociação pode gerar uma mercantilização do processo que colabora para diversas garantias do investigado sejam relativizadas em prol da utilidade do acordo, contribuindo para gerar condenações injustas e, sobretudo, que atentam contra a separação das funções típica do sistema acusatório, já que o promotor passa a concentrar muito poder em suas mãos.

Por isso, mostra-se extremamente perigoso atribuir ao Ministério Público maior potencial de oferecimento de benefícios ao investigado, já que isto pode contribuir para a tornar ainda mais vulnerável sua situação e, em certa medida, desvirtuar até mesmo a natureza do acordo de colaboração premiada, que mais se aproximaria, para fins de comparação prática, a uma espécie de *plea bargaining*.

Neste sentido, basta observar quão nefastos são os efeitos do referido *plea bargaining* no Direito dos Estados Unidos da América – país este que possui a maior população carcerária do mundo:

Não podemos pactuar com uma ampliação utilitarista do espaço de consenso, que encontra seu exemplo maior de distorção no modelo de *plea bargaining* americano, em que cerca de 90% dos casos penais são resolvidos através de acordo entre acusação e defesa. Significa dizer que 9 de cada 10 casos penais são resolvidos através de acordo, sem julgamento pleno e jurisdição efetiva.

Não sem razão, os Estados Unidos é o país com a maior população carcerária do mundo, fruto da banalização de acordos conjugado com uma política punitivista. Esse é um extremo que precisa ser recusado. Por outro lado, atualmente, há um consenso de que nenhum sistema de administração de justiça penal consegue dar conta da demanda sem ‘algum’ espaço negocial para desafoga-lo (LOPES JR, 2020, p. 857).

Pode-se perceber, portanto, que o aumento do poder negocial do Ministério Público pode não ser uma medida muito benéfica para o investigado, haja vista que predomina no Brasil, infelizmente, uma mentalidade inquisitorial que pode acabar por subverter viés acusatório do instituto do acordo de colaboração premiada. Até porque, conforme mencionado, o sistema acusatório não pressupõe o viés democrático nem tampouco o respeito às inúmeras garantias processuais existentes no ordenamento.

Ora, conquanto se espere que o depoimento do colaborador não seja espontâneo, mostra-se fundamental que seja, no mínimo, voluntário (MENDES; BARBOSA, 2016, p. 77). Não se pode garantir a voluntariedade se o Ministério Público possuir a capacidade de estruturar o conteúdo de eficácia do acordo como bem entender, dispondo de benefícios e restrições ao próprio alvedrio. Neste sentido, a nova redação do art. 4º, § 7º, II e III, da Lei n.º 12.850/2013, introduzida pela Lei n.º 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), parece demonstrar que o legislador se posicionou contra a ampla concessão dos benefícios pelo *Parquet*:

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

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo.

Como se pode perceber, é possível intuir que o legislador pretendeu que o Juízo averiguasse se os benefícios estão adequados à inteligência da lei, e ainda, vedou que os termos legais do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, bem como no que tange à progressão de regime prevista pela Lei de Execução Penal, sejam objeto da negociação das partes, demonstrando que o *Parquet* não possui ampla liberdade para estipular o que lhe aprouver no âmbito dos espaços de consenso do processo penal.

Desta feita, resta evidenciado que, embora o sistema acusatório represente, em certa medida, maior liberdade entre as partes, não se pode ignorar que elas podem titularizar, na prática, pretensões totalmente distintas, e que não possuem o mesmo nível de poder de negociação, o que permite visualizar a maior vulnerabilidade da figura do investigado ante o Ministério Público, que pode pressioná-lo através dos instrumentos legais a fim de obter informações valiosas para a persecução criminal.

3.3 A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO COMO LIMITADORA DO USO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O desgaste da pena de prisão e a insuficiência dos meios convencionais de prova no ordenamento jurídico influenciaram a ascensão de mecanismos paralelos para dismantelar as organizações criminosas, dando origem à chamada terceira via do processo penal (SILVA, 2017, p. 295) – capitaneada no Brasil pelo acordo de colaboração premiada –, cujo fulcro consiste justamente na redução dos danos provocados pela atividade criminosa.

É possível notar, portanto, que o surgimento do instituto da colaboração premiada vem acompanhado de uma filosofia utilitarista que muita se diferencia do modelo tradicional de processo penal até então vigente, que se contentava em apenas retribuir o mal causado pelo infrator e prevenir que este venha a ocorrer novamente. Sob a égide do devido processo legal consensual, deste modo, assume fundamental importância a negociação e as concessões que cada parte é capaz de fazer.

A bem da verdade, o aumento da amplitude dos espaços consensuais no processo penal é uma tendência mundial da realidade contemporânea, de modo a aumentar o contato entre as partes e simplificar a rigurosidade dos procedimentos (FERNANDES, 2005, p. 265), aproximando a heterocomposição da autocomposição, em prol da tentativa de alinhamento de interesses entre as partes para garantir benefícios recíprocos e, no caso do acordo de colaboração premiada: de um lado, uma pena mais branda, e, de outro, a reparação do dano e o dismantelamento da organização criminosa:

Com uma lei desse tipo, as pessoas são induzidas a denunciar casos de corrupção, o que aumenta a chance de recuperação de recursos públicos desviados. Na situação anterior não ocorriam denúncias, e as pessoas com informações importantes e a própria sociedade perdiam. Na nova situação, a sociedade recupera, ao menos parcialmente, os recursos desviados, e os

denunciantes, que propiciaram essa recuperação, recebem uma recompensa pelo esforço (TABAK, 2015, p. 327).

Não obstante, não se pode perder de vista que o devido processo legal consensual ainda é “legal”, de modo que se autoriza às, sob pena de vilipendiar a segurança e a *ratio legis* prevista, criarem ao próprio alvedrio novos atos e dinâmicas processuais sem o prévio respaldo da lei. Do mesmo modo, o acordo de colaboração premiada possui hipóteses específicas de incidência, não podendo, pois, o Ministério Público se valer de tal instituto a todo e qualquer momento.

Basta observar que ele está previsto na Lei n.º 12.850/2013, e sua aplicação, até o presente, encontra-se restrita às hipóteses de envolvimento de organizações criminosas, pelo menos nos moldes desta lei, e ainda, exige-se que haja utilidade e interesse públicos, conforme disposição *in fine* do art. 3º-A da Lei n.º 12.850/2013, alterada pela Lei n.º 13.964/2019: “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”.

Trata-se, portanto, de instituto que não é direito subjetivo do investigado, mas acordo de vontades cuja celebração traduz um sopesamento anterior entre dois pilares: a futura punição do agente e a utilidade das informações que ele é capaz de prestar. Neste sentido, a incidência da colaboração premiada no caso concreto pressupõe a observância da utilidade, isto é, da proporcionalidade em sentido estrito, que constitui uma limitação de seu uso, haja vista que, se no caso concreto a cooperação do investigado for dispensável, não há motivo para a concessão de benefícios a ele.

Isso porque o crivo da proporcionalidade em sentido estrito traduz a ponderação entre os prós e os contras de certo ato ou conduta, determinando que a opção mais vantajosa deva prevalecer. Neste sentido:

Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva. Normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão (ÁVILA, 2005, p. 124).

A utilização irrestrita do acordo de colaboração premiada acabaria por desvirtuar completamente a natureza do instituto, que deixaria de ser uma medida extremamente excepcional, um meio de obtenção de prova singular exigido ante a necessidade e o interesse processuais do caso concreto, para se converter, conforme já mencionado,

numa espécie de *plea bargaining* à brasileira, construído sob os resquícios do mito da verdade real e do viés inquisitório que ainda existe no país.

Por isso, se não há de se falar em acordo de colaboração premiada senão nas hipóteses taxativas previstas pela lei – em que a utilidade e o interesse públicos assim o demandam –, tampouco seria razoável defender que os benefícios decorrentes da celebração e do cumprimento dos termos convencionados possam se dar livremente, em detrimento das disposições normativas que foram positivadas.

Isso porque a lei, já de início, dispôs sobre quais são os benefícios aceitáveis e quais são aqueles que não podem ser concedidos em sede do acordo de colaboração premiada – o que já é, por si só, resultado de um sopesamento entre o interesse público em punir o investigado e a importância de seus depoimentos para o deslinde do processo penal –, como se pode perceber pela leitura dos incisos do art. 4º, § 7º, da Lei n.º 12.850/2013.

Neste sentido, há de se ter muita cautela, haja vista que a normalização do uso do acordo de colaboração premiada importa na banalização dos bens jurídicos tutelados pelas normas gerais e, por conseguinte, no incremento da vulnerabilidade da sociedade ante as empreitadas criminosas. Em razão disto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser um dos mandamentos basilares para a determinação do uso ou não do referido negócio jurídico processual. Neste sentido:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto a ‘negociar’. O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência (LOPES JR., 2020, p. 857).

Ora, se bastarem os meios tradicionais de prova para instruir o processo penal, mostra-se despicienda a utilização do acordo de colaboração premiada – ainda que no contexto das organizações criminosas. Assim como o Direito Penal, tal acordo deve ser sempre a *ultima ratio* investigatória, e deve lastrear-se única e exclusivamente nos

parâmetros legais previamente estabelecidos, sob pena de desvirtuar o instituto e construir situações que irão violar a igualdade processual, já que alguns investigados, conquanto tenham colaborado na mesma medida, poderão obter benefícios diversos e não equivalentes.

Ademais, o acordo de colaboração premiada excepciona, ainda que em certa medida, o princípio da obrigatoriedade da Ação Penal, mas isso não significa que benefícios menos intensos que o não oferecimento da denúncia possam ser estipulados, haja vista que tal vantagem, além de ser absolutamente específica e cuja incidência deve ocorrer somente em poucos casos que o recomendem, encontra previsão legal, diferente de outras regalias que podem ser negociadas à margem da lei.

Não se trata, portanto, de aplicação da lógica do “se pode o mais, pode o menos”, pois um Estado Democrático de Direito é movido por interesses públicos que não podem ceder aos anseios utilitaristas e pragmáticos da negociação, visto que uma maior possibilidade de negociar os benefícios em sede do acordo de colaboração premiada promoveria uma verdadeira mercantilização do processo que acabaria por retirar não só o controle da legalidade pelo Juiz, mas também tornaria inútil a previsão taxativa dos benefícios pelo legislador.

A norma objetiva é, portanto, o liame de segurança que impede a total subversão do acordo de colaboração premiada, por exemplo, às finalidades inquisitórias que ainda remanescem no Direito Penal e Processual Brasileiros. Por isso:

Não se poderão negociar favores pela delação de crimes independentes, ou de pessoas fora daquele específico grupo criminoso. Enquanto útil a delação, poderá ela ser realizada, inclusive em fase de execução penal – cabendo então ao juiz da Execução fazer incidir a minoração de pena acordada (por isso a previsão de requerimento “a qualquer tempo”, do § 2º do art. 4º da Lei da Criminalidade Organizada). Não se torna provisória a pena fixada no processo, mas faz-se incidir no competente juízo a causa nova de minoração da pena, como analogamente se dá no inciso III do art. 66 da Lei de Execução Penal (CORDEIRO, 2020, p. 38).

Desta feita, ante a própria previsão e delimitação legal do referido acordo, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve guiar o uso do acordo de colaboração premiada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que estão em jogo não somente o interesse público em conseguir informações úteis à persecução penal e o interesse privado em obter benefícios, mas outrossim uma série de direitos e garantias muito valiosos para a Democracia e para o Processo Penal como um todo.

A celebração desmedida de tal acordo acabaria por banalizá-lo a tal ponto que não haveria mais segurança jurídica em sua aplicação. Por isso, a objetividade do texto legal construir limites no que tange às hipóteses de feitura da colaboração premiada, bem como quanto à concessão dos benefícios ao investigado, pois, do contrário, desvirtuar-se-ia a natureza do instituto de tal modo que ele poderia servir a finalidades diversas que aquelas as quais fora inicialmente imaginado: auxiliar na persecução penal, mas sem o vilipêndio dos direitos e garantias do investigado.

3.4 O PRINCÍPIO DA NULLA POENA SINE JUDICIO

Assim como não existe pena que não pressuponha a ocorrência de um delito (*nulla poena sine crimine*), tampouco se poderia cogitar em aplicar uma sanção sem o prévio processo para apurar o ilícito (*nulla poena sine iudicio*), haja vista que tais consequências e implicações lógicas constituem verdadeiros axiomas para o Direito Penal e Processual Penal (FERRAJOLI, 2002, p. 75) na medida em que, sobre tais parâmetros, constroem-se diversos institutos jurídicos, como é o caso da pena privativa de liberdade.

Ademais, a necessidade de instaurar um processo para apurar o ilícito e, por conseguinte, verificada sua presença, adequar o *quantum* de pena que deve incidir sobre o caso concreto, é um reflexo do princípio da individualização da pena e da nevrálgica importância em assegurar ao acusado a possibilidade de exercer as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa:

Na Idade Média, o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. Se outra fosse a natureza humana, talvez esse fosse o sistema mais conforme à ideia retribucionista, isto é, à justa e rigorosa adequação da pena ao crime e ao delincente. Contudo, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções. A primeira reação do Direito Penal moderno ao arbítrio judicial dos tempos medievais foi a adoção da pena fixa, representando o “mal justo” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delincente. Na verdade, um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval (BITENCOURT, 2020, p. 839).

Trata-se, portanto, de uma garantia construída histórica e paulatinamente para cercar o poder do Estado e impedir que seu emprego venha a ser arbitrário. Ademais, a

necessidade de lei que preveja a sanção penal é também um mecanismo para proporcionar segurança jurídica aos cidadãos que, com anterioridade, tornam-se cientes das consequências jurídicas as quais dimanarão de seus atos caso cometam infrações penais.

Contudo, em muitos sistemas jurídicos, tendo em vista a moderna tendência da criação de espaços de consenso mais intensos no âmbito do processo penal, o axioma do *nulla poena sine iudicio* sofreu uma relativa mitigação devido ao advento de institutos tais qual o *plea bargaining* norte-americano que, basicamente, prescinde de um processo em seu rigoroso sentido formal para impor ao acusado uma pena; bastando, pois, que as próprias partes estipulem a sanção cabível ao caso.

Muito embora o acordo de colaboração premiada brasileiro previsto pela Lei n.º 12.850/2013 seja distinto do *plea bargaining* estadunidense – dada a natureza distinta de ambos institutos –, não se pode deixar de compará-los ao cogitar a possibilidade da concessão de benefícios ao investigado sem o prévio amparo da lei, mas tão somente com esteio na convergência volitiva do investigado e do *Parquet*.

Isso porque, num país de raízes tão inquisitoriais – como é o caso do Brasil –, há de se duvidar que a mera negociação de uma sanção ou benefício pelas partes seja uma medida suficiente para assegurar a observância a princípios estruturantes do próprio Direito Penal, tais qual o da individualização da pena. Assim, por mais que pareça pragmaticamente viável e mais benéfico permitir que as partes possuam maior liberdade na estruturação do conteúdo do acordo de colaboração premiada, há de se observar, conforme já argumentado anteriormente, que de tal ideia decorrem inexoráveis riscos aos direitos e garantias fundamentais do investigado.

Maior que resultado final do acordo de colaboração premiada é a observância de seus parâmetros legais de celebração, porquanto, do contrário, haverá tanto poder concentrado no Ministério Público que seu papel acabará por se situar acima do próprio legislador ao negociar os termos como bem entender, de modo a afrontar as leis já existentes:

Como exemplo da prática atual, em um dos termos homologados, fixou-se que, ao se atingir o montante de 30 anos de prisão nas penas unificadas em sentenças definitivas, a sanção imposta seria cumprida “em regime fechado por lapso não superior a 5 (cinco) anos e não inferior a 3 (três) anos”, com posterior progressão “diretamente para o regime aberto, mesmo que sem o preenchimento dos requisitos legais” (cláusula 5ª, incisos I, II, III e V, acordo na Pet. 5.244 STF). De modo semelhante, em outra colaboração acordou-se pena de prisão domiciliar por um ano (com tornozeleira eletrônica); zero a

dois anos de privação de liberdade em regime semiaberto; e posterior progressão para regime aberto para o restante da pena (cláusula 5ª, inc. I, acordo na Pet. 5.210 STF) (VASCONCELOS, 2018, p. 168).

Ora, se fosse lícito empreender negociações para além daquilo que foi disposto pela Lei n.º 12.850/2013, o legislador não teria criado uma série de critérios e limites outrora já analisados. Ainda que a pena eventualmente negociada possa ser mais favorável ao investigado, há de se ter em vista a violação que se promove à legalidade, à segurança jurídica e, sobretudo, ao axioma da *nulla poena sine iudicio*.

Em alguns casos, situações ainda mais absurdas acontecem: a convergência volitiva do investigado e o Ministério Público cria um verdadeiro regime de cumprimento de pena sem o prévio respaldo legal, subvertendo completamente a isonomia entre os condenados que, conquanto em situação semelhante, não possuem o mesmo benefício:

Chega a ser mais comum a criação do regime prisional, onde a pena passa a ser cumprida de modo e em local diferente daqueles previstos na lei. O regime fechado, a ser pelo Código Penal cumprido “em estabelecimento de segurança máxima ou média” (art. 33, § 1º), que é a penitenciária (art. 87 da Lei de Execução Penal), na negociação muitas vezes se transforma em regime fechado “diferenciado” e passa a ser cumprido na residência do condenado. É a criação de pena por negociação por meio de quem não se encontra autorizado por lei ou por mandato popular. Com essa criação de pena, em concreto e em regimes inventados, passa-se a uma negociação sem limites, em que o negociador estatal bem poderá criar penas com parcial privação da liberdade, com férias, com detração diferenciada, com regimes de privação da liberdade apenas formais... Não há limite à criatividade pessoal dos negociadores, mas também não há limitação ao dano social, à legitimidade da representação legislativa, ao judiciário que abandona sua função de dosimetria (CORDEIRO, 2020, p. 63).

A bem da verdade, admitir tamanho poder de negociação ao Ministério Público é algo que viola o princípio da separação dos poderes (CANOTILHO; BRANDÃO, 2016, p. 24) previsto pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988⁵², já que o *Parquet* esvaziaria, em grande parte, as disposições legais postas pelo legislador – arrefecendo, inclusive, o papel do Juiz, que passaria a exercer a função de mero homologador de acordos.

Do mesmo modo que não é possível ao Juiz conceder mais ou menos benefícios que em relação àqueles previstos na lei – salvo quando autorizado por seus limites –, tampouco seria crível que o Ministério Público pudesse fazê-lo a pretexto de ser mais

⁵² Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

favorável ao investigado, haja vista que as restrições legais são a única garantia de que o poder negocial do *Parquet* não será usado em detrimento do colaborador.

Ora, se o ordenamento jurídico exige lei para que se possa prever uma sanção, não se mostraria razoável que a simples convergência volitiva das partes fosse suficiente para engendrar penas – ou pior, verdadeiros regimes de execução da pena –, sem o prévio amparo legal. Sem contar que não existe sequer espaço para interpretação neste sentido – principalmente após as alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019, seja quanto aos benefícios, seja quanto à sanção em si.

A introdução do §7º-A no artigo 4ª da Lei 12.850/13 demonstra que o legislador entende que o estabelecimento da pena somente pode ser feito pelo juiz. As partes podem até fazer um acordo mais fechado, mas este passará pelo crivo do Judiciário que analisará todas as etapas da aplicação da pena a fim de averiguar sua legalidade:

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

Aliás, a bem da verdade, tanto a sanção premial quanto a sanção punitiva possuem a mesma essência, de modo que não deve prevalecer a visão de que a concessão de benefícios não previstos em lei pelo Ministério Público seja a postura mais favorável ao réu/investigado. Isso porque o acordo de colaboração – e a justiça penal negociada em geral – não é autônomo no que tange ao Direito Penal; é, antes de tudo, um instrumento para o último, razão pela qual não pode contrariar seus princípios e finalidades primordiais (DE-LORENZI, 2020, p. 160).

Neste sentido, seria absurdo pensar na possibilidade da negociação de uma pena, ou de benefícios legais, que não encontrem prévio respaldo pela lei, quando o princípio basilar do Direito Penal na realidade jurídica contemporânea é a legalidade. Ora, inexoravelmente, o acordo de colaboração premiada é um instituto do processo penal integrante de um todo sistêmico que deve, por conseguinte, realizar as finalidades propostas pela seara criminal do ordenamento jurídico:

A colaboração premiada pode servir tanto para a realização do meio de primeira ordem do direito penal, ou seja, a prevenção de ofensas a bens jurídicos (como no caso da localização da vítima com a integridade física

preservada ou a evitação de infrações penais), como para a realização do meio de segunda ordem, isto é, o esclarecimento e a punição dos crimes (no caso de identificação de coautores e partícipes e da revelação da estrutura da organização criminosa). Pode ainda, servir para um fim secundário do direito penal, que é a mitigação das consequências do crime (na recuperação do produto ou proveito do crime). Em todo caso, é sempre um instrumento auxiliar do direito penal e não um sistema autônomo, com fins próprios (DE-LORENZI, 2020, p. 159).

Ademais, há de se constatar que o utilitarismo que guia o acordo de colaboração é antropofágico, porquanto tende a consumir a si mesmo, vez que, se os benefícios puderem ser livremente estipulados sem o prévio processo penal que individualize e adeque a sanção, haverá estímulos para que o colaborador preste informações falsas (DE-LORENZI, 2019, p. 331) e acabe por subverter toda a dinâmica do acordo de colaboração premiada em prol de interesses exclusivamente individuais e que em nada contribuem para a coletividade⁵³.

Donde se conclui que, ao contrário da lógica de quem pode mais pode o menos, o acordo de colaboração premiada deve estar adstrito à legislação que o regulamenta. A tradição jurídica brasileira nunca entendeu por estender a aplicação de benefícios legais a outros tipos penais, como por exemplo a diminuição de pena em um homicídio culposo, já que o legislador previu o perdão judicial (FACCINI NETO, 2017, p. 656), ou até mesmo a aplicação de pena abaixo do patamar mínimo legal no caso de presença de atenuante em que o Código Penal expressamente prevê que a pena deverá sempre ser atenuada, conforme súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Resta observar, portanto, que a justiça penal negociada está submetida aos princípios norteadores do Direito e do Processo Penal, de modo que a própria ideia de uma sanção premial deve estar inexoravelmente ligada à noção de pena – como se pode imaginar no caso de descumprimento dos termos do acordo de colaboração premiada, que acarretará sua rescisão e o retorno da tradicional persecução criminal contra o réu.

Sendo assim, tanto a sanção premial quanto a sanção punitiva necessitam observar a legalidade, de modo que se mostra inviável que o Ministério Público negocie com o investigado, nos termos do acordo de colaboração premiada, benefícios à margem da lei – ainda que tal medida seja, aparentemente, mais benéfica a ele –, haja

⁵³ Com bem aponta FACCINI NETO (2017, p. 648): “Há questões em aberto, para quem e para além da previsão legal que a consagra, cujas respostas, em virtude de uma situação fática terrível, de corrupção sistêmica, desvendada pela Operação “Lava-Jato”, não são apresentadas satisfatoriamente, e que devem ser alcançadas com isenção de sentimentos e com tratamento científico. O contrário disso lançar-nos-á numa aporia: a banalização da colaboração premiada e o seu descrédito, ou o seu desvirtuamento, por implicar no incremento da impunidade justamente daqueles crimes que almejava abranger.”.

vista que, muito maior que o pragmatismo utilitarista é a coerência sistêmica que deve ser mantida pelo ordenamento jurídico, sob pena de vilipendiar toda sua estrutura e princípios.

4 – CONCLUSÕES

Existiam instrumentos de colaboração com a justiça por meio de delação premiada já de longa data no ordenamento jurídico, bem como espaços de consenso no âmbito criminal, notadamente as figuras previstas na Lei 9.099/95. No entanto, a colaboração premiada da Lei 12.850/13 estabeleceu toda uma maneira de se fazer justiça negociada, que se dá por meio de um acordo formal realizado entre acusação e colaborador.

Em um panorama geral, a colaboração premiada está inserida dentro de um âmbito internacional de combate à criminalidade organizada, sendo imprescindível se atentar ao fato de que o contexto da prática de crimes está cada vez mais globalizado e complexo, de forma que o Brasil deve se adequar às novas formas de enfrentamento das organizações criminosas. Neste sentido, a colaboração premiada é um instrumento incentivado pela comunidade jurídica internacional, mas que deve ter suas balizas devidamente contornadas pela legislação interna.

A definição jurídica da colaboração premiada, como bem apontado pelo artigo 3^a-A da Lei 12.850/13, é de negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova. Contudo, tal definição é insuficiente, pois em relação ao colaborador, pode-se dizer que a colaboração premiada tem natureza de benefício penal material. Logo, é um meio de obtenção de prova que se concretiza através de um negócio jurídico processual entre o Ministério Público e o colaborador, tendo como mote a pactuação de benefícios que reduzem as consequências dos crimes praticados em troca de elementos que permitam a acusação atingir um dos objetivos apontados nos incisos do artigo 4^o da Lei 12.850/13.

Ao contrário dos demais espaços de consenso estabelecidos no processo penal brasileiro - sendo os mais notórios as figuras da suspensão penal, transação penal, suspensão do processo, todos previstos na Lei 9.099/95, e o acordo de não persecução penal - a colaboração premiada não se insere numa lógica de supressão de procedimento com o intuito de celeridade processual, pelo contrário, ainda que haja o não oferecimento da denúncia em relação ao colaborador, não haverá desafogo do Poder Judiciário, já que o Ministério Público oferecerá a denúncia contra os demais membros da organização criminosa.

Quando se fala em um devido processo consensual entre as partes, está a se tentar estabelecer parâmetros mínimos para o estabelecimento de acordos entre acusação e colaborador/acusado. Não obstante, os parâmetros devem seguir os

contornos legais, uma vez que estão dentro de um ordenamento jurídico pré-estabelecido, de modo que não há como sustentar a possibilidade de um processo penal consensual independente e fora dos parâmetros do devido processo legal.

O sistema acusatório, formalmente adotado pelo Brasil no Código de Processo Penal, representa, principalmente, a separação dos poderes entre as partes, sendo que o Ministério Público se constitui em um acusador imparcial que levará o pleito a um juiz também imparcial. Desta maneira, não se pode utilizar o sistema acusatório como fundamento para adoção de um sistema mais aberto ou restrito de pactuação de benefícios nos acordos de colaboração premiada, uma vez que este é compatível com os dois modelos.

A eficiência como mote do processo penal também não parece ser uma razão que indique a possibilidade de pactuação de benefícios extralegais, pois o legislador estabeleceu que a colaboração premiada pressupõe necessidade e interesse público, de maneira que utilizá-la de maneira desenfreada sob a fundamentação de se obter um processo mais efetivo, acaba por desvirtuar o instituto, já que se trata de verdadeira mercantilização do processo penal.

O princípio da obrigatoriedade não pode ser utilizado sob a ótica de quem pode o mais pode o menos. O legislador tratou de estabelecer espaços de discricionariedade para a atuação do Ministério Público, de maneira que a razão de ser da obrigatoriedade da ação penal está suplantada por um princípio de ordem maior, o da legalidade, que representa a maneira que os órgãos públicos devem agir, portanto, só há discricionariedade conforme os espaços determinados por lei.

A promulgação da Lei nº 13.964/19, que alterou drasticamente a Lei 12.850/13, demonstra que o legislador não aceita a pactuação de benefícios relacionados a pena não previstos em lei, de maneira que atualmente podem ser pactuados os seguintes benefícios: não oferecimento da denúncia, perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e progressão de regime.

Os benefícios acima podem ser cumulados, de forma que é possível a pactuação de um acordo ‘fechado’ com a proposta de diminuição de pena de alguns crimes, o perdão judicial em relação a outro, a progressão de regime e a conversão das penas em restritivas de direito. O acordo nestes moldes somente é possível, pois o juiz quando da homologação do acordo analisará sua legalidade.

É possível a progressão de regime diferenciado para aqueles que colaborarem antes da sentença, visto que o oferecimento da possibilidade de progressão de regime sem atingir os requisitos objetivos previstos em lei apenas àqueles que colaboram após a sentença não é a melhor interpretação, de maneira que deve haver uma interpretação sistêmica.

Ao contrário do estabelecido pelo STF no HC 127.483/PR não se pode pactuar sobre o produto do crime, vez que tal benefício, não está previsto em lei. Ainda que as partes negociem o perdão judicial, este, apesar de ter como consequência a extinção da punibilidade do crime, não afasta o caráter ilícito do fato, de maneira que a sociedade possui interesse no ressarcimento do prejuízo, que poderá se dar na esfera Administrativa ou Cível.

Contudo, a pena de multa pode ser negociada, pois compõe o preceito secundário do tipo penal do crime de organização criminosa e de outros ilícitos, como a lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, devendo guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Entendido que apenas as cláusulas previstas em lei podem ser objeto de pactuação no acordo de colaboração premiada, em razão do princípio da segurança jurídica, do princípio da proteção da confiança, bem como pelo entendimento esposado no HC 127.483/PR - que previu a possibilidade de pactuar o produto do ilícito -, entende-se que os acordos de colaboração premiada pactuados antes do advento da Lei nº 13.964/19, com benefícios extralegais, não podem ser considerados ilegais.

Os acordos pactuados sob a égide da Lei nº 13.964/19 que prevejam benefícios não previstos na Lei 12.850/13, nos moldes anteriormente citados, devem ser coimados como ilegais, não podendo ser homologados pelo poder judiciário, haja vista que a legalidade é aspecto essencial do acordo, conforme artigo 4º, §7º, I, da Lei 12.850/13.

Caso o juiz homologue um acordo que contenha cláusulas ilegais, abre-se espaço para os terceiros delatados profligarem o acordo. A possibilidade tem razão de ser no fato de a colaboração premiada ser primordialmente um meio de obtenção de prova que é introduzido no processo através de um acordo feito entre o Ministério Público e o acusador. Desta maneira, se o acordo é ilegal, por conseguinte o meio de obtenção de prova também o é, o que, por sua vez, faz com que as provas que adentraram o processo através de tal negócio jurídico processual também o sejam, logo, aqueles que foram atingidos por provas obtidas de maneira ilegal, possuem legitimidade de contestar o

acordo de colaboração premiada, podendo também o juiz reconhecer tal ilegalidade de ofício, ainda que em sede de revisão.

Existe uma grande insegurança jurídica pairando sobre os possíveis contornos legais dos acordos de colaboração premiada em razão do Supremo Tribunal Federal, que apesar de já ter se pronunciado sobre partes do tema, especialmente no HC 17.48/PR e na Questão de Ordem 7.074, ainda não ter se manifestado de forma objetiva e ampla, de maneira que, com a promulgação da Lei nº 13.694/19, deve o Tribunal Constitucional confirmar as balizas legais trazidas pelo legislador no sentido da impossibilidade de pactuação de benefícios não previstos em lei o quanto antes.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?**. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 7. ed. Thomson Reuters. São Paulo: 2019.
- BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: volume 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, 2020.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BORRI, Luiz Antônio; SOARES, Rafael Junior. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017.
- BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 24, n. 122, 2016.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**. Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá. 2016.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Acordos processuais no processo penal**. In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Colaboração Premiada: instrumento político criminal orientado à redução da inerente opacidade do crime organizado**. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, v. 17, n. 30, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a Operação Lava Jato**. Coimbra: Revista de Legislação e de Jurisprudência, 2016.

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

CASARA, Rubens; TAVAREZ, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 155, ano 27, 2019.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. Pena criminal, sanção premial e a necessária legalidade dos benefícios da colaboração premiada: aportes para uma teoria geral da justiça penal negociada. Porto Alegre: **Revista de Estudos Criminais**, v. 19, n. 79, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/13): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, out./dez, 2016.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. Campo Grande: **Revista Direito UFMS**, v.4, n.1, 2018.

FACCINI NETO, Orlando. **Contribuição para o estudo da delação premiada**. In: SPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. 2. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2017.

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

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v 20, n. 3, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, 2020.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In: MORAES, Mauricio Zanoide de; YARSHELL, Flávio Luiz. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **A Impunidade da Macrodelinquência Econômica desde a Perspectiva Criminológica da Teoria da Aprendizagem**. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis (Org.). Doutrinas essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública**: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de Cooperação Premiada. Quais são os limites? Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 10, v. 17, n 1, 2016.

KALKMANN, Tiago. Análise econômica da racionalidade do acordo de colaboração premiada. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, 2019

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, 2004.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Processual). 267f. São Paulo: USP, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MEDINA, Mauricio de Oliveira. A colaboração premiada como instrumento de investigação criminal. Florianópolis: **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 10, n. 22, 2013.

MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. **Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/és presos/as provisoriamente**. In.: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). *A Delação/Colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade**. In: MOURA, Maria Thereza de Assis.; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de; DIAS, Fernando Lacerda. **A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada**. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MENEZES, Christian Ribeiro de. Direito penal de emergência: releitura do efficientismo no contexto da globalização. Belém: **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**, v. 1, n. 5, 2010.

MUSCO, Enzo. Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectiva. Salamanca: **Revista Penal**, Universidade de Hueiva, Universidade de Castilla La Mancha, n. 2, 1998.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. XIV, n. 1, 2014.

NOTARI, Marcio Bonini. As convenções internacionais ratificadas pelo Brasil no combate a corrupção. São Paulo: **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, v. 1, n. 1, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017.

PÁDUA, Renata Rodrigues de. **O princípio da eficiência como instrumento de racionalização do poder punitivo penal na criminalidade econômica**. Tese (Doutorado em Direito). 228f. Belo Horizonte: UFMG, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. Legitimidade e procedimento. 4. ed. Curitiba: Juruá. 2019.

PRADO, Geraldo. **Da Delação Premiada**: Aspectos de Direito Processual. Portal Empório do Direito, 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/backup/delaacao-premiada-aspectos-de-direito-processual-por-geraldo-prado/>. Acesso em: 03 nov. 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROSA, Alexandre de Moraes. **A teoria dos jogos aplicada ao Processo Penal**. 2. ed. Lisboa: Empório do Direito, 2015.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **Colaboração Premiada**: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017.

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.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 1, 2020.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da lei no 12.850/13. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017.

SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. Porto Alegre: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 1, 2019.

SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil: O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

STRANG, Robert Roger. Plea Bargaining, Cooperation Agreements, And Immunity Orders. Tokyo: **Resource Material Series**, n. 92. UNAFEI, 2014. Disponível em: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No92/No92_05VE_Strang1.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Colaboração Premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública**. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A Delação/Colaboração Premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial**. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 52, n. 205, 2015.

TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna; TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **A Leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto**. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. São Paulo: **IBCCRIM**, v. 25, n. 299, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Thonsom Reuters Brasil, 2020.

VIANA, Lurizam Costa. **A organização criminosa na lei 12.850/13**. Dissertação (Mestrado em Direito). 242f. Belo Horizonte: UFMG, 2017.

VILARES, Fernanda Regina. **Ação controlada e criminalidade organizada: os controles necessários à atividade investigativa.** Tese (Doutorado em Direito). 231f. São Paulo, USP, 2015.

VILLA, Mariela Ponce. **La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral.** Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

WUNDERLICH, Alexandre. **Colaboração premiada: O direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais.** In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). Colaboração premiada. São Paulo: RT, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Volume I.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZILLI, Marcos. **Transplantes, traduções e cavalos de Tróia: o papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da operação lava jato.** In: AMBOS, Kai (Org.). Corrupção: ensaios sobre a operação lava jato. São Paulo: Marcial Pons, 2019.