

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

IURI DO LAGO NOGUEIRA CAVALCANTE REIS

**DA POSSIBILIDADE DE NEGOCIAR O PRODUTO DO ILÍCITO NA
COLABORAÇÃO PREMIADA: uma análise argumentativa do *Habeas
Corpus* n.º 127.483 julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal**

BRASÍLIA – DF
2022

IURI DO LAGO NOGUEIRA CAVALCANTE REIS

DA POSSIBILIDADE DE NEGOCIAR O PRODUTO DO ILÍCITO NA COLABORAÇÃO PREMIADA: uma análise argumentativa do *Habeas Corpus* n.º 127.483 julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada à Escola de Direito e Administração Pública, como parte do requisito para obtenção do título de Mestre Profissional em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

BRASÍLIA – DF
2022

IURI DO LAGO NOGUEIRA CAVALCANTE REIS

DA POSSIBILIDADE DE NEGOCIAR O PRODUTO DO ILÍCITO NA COLABORAÇÃO PREMIADA: uma análise argumentativa do *Habeas Corpus* n.º 127.483 julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada à Escola de Direito e Administração Pública, como parte do requisito para obtenção do título de Mestre Profissional em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

Brasília/DF, 01 de março de 2022

Banca Examinadora

Prof. Orientador Dr. Ney Bello
Instituto Brasiliense de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento

Prof. Avaliador Dr. Vinicius Vasconcellos
Instituto Brasiliense de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento

Prof. Avaliador Gustavo Mascarenhas
Universidade de São Paulo - USP

Ter força de vontade é essencial para nos manter firmes na caminhada. Dedico esta dissertação ao meu saudoso pai, Edivaldo Cavalcante Reis, o meu eterno amigo e maior orientador da minha vida. Dedico, também, a minha amada irmã Iane Cavalcante Reis, o grande exemplo de disciplina e resiliência da nossa casa; à minha mãe Maria Emilia Nogueira; ao meu irmão Iago Cavalcante Reis; à minha namorada Flávia Diniz Mello; às amizades formadas na sala de aula do Mestrado; aos meus companheiros de labuta do Cavalcante Reis Advogados, que sempre estiveram ao meu lado; e aos Professores Marllon Sousa e Amanda Thomé, pela sabedoria dos conselhos no momento da qualificação, os quais foram acolhidos e incorporados ao presente trabalho acadêmico.

RESUMO

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, visto que além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova” seu escopo é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal. Para produzir efeitos, o acordo deve preencher todos os requisitos de existência, validade e eficácia. Assim, somente será válido se contar com agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei. Com este argumento, parcela da doutrina, como Néfi Cordeiro, Canotilho e Brandão e Vinicius Vasconcellos, entende que, muito embora em um negócio jurídico as partes possam livremente negociar, isso se dá estritamente no limite da lei e da disponibilidade patrimonial, ou seja, não se pode adicionar favores fora dos limites legais. Para esta corrente, não é possível negociar pena, regimes e benefícios não previstos em lei, o que inclui o produto do crime. De outro lado, existe outra corrente de doutrinadores que defendem a viabilidade de transacionar o produto do ilícito, sob o fundamento de que, em hipótese de perdão judicial, poderia existir concessão em matéria patrimonial, bem como que uma interpretação teleológica das Convenções de Mérida e Palermo permite essa possibilidade. Nesse ínterim, indaga-se: é válido uma colaboração premiada que negocie a manutenção da posse ou da propriedade do produto do ilícito com o colaborador ou a sua família? Acerca da resposta, não há consenso na doutrina ou na jurisprudência. Em virtude disso, a presente dissertação tem como escopo aprofundar os dois posicionamentos que versam sobre a possibilidade ou não de transacionar o produto do ilícito no momento da pactuação do acordo, a partir de uma análise argumentativa do *Habeas Corpus* nº 127.483/STF, julgado pelo plenário da Corte em 27 de agosto de 2015, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, objetivando, ao final, definir a corrente que mais se ajusta ao ordenamento jurídico e as Convenções de Mérida e Palermo.

Palavras-chave: Acordo de colaboração premiada. Negócio jurídico processual. Plano da Validade. Objeto Lícito. Transação. Produto do ilícito. Habeas Corpus n.º 127.483/STF. Interpretação da Convenção de Palermo e da Convenção de Mérida. Sanção premial. Direito Subjetivo do Colaborador.

ABSTRACT

The award-winning collaboration is a procedural legal business, since, in addition to being expressly qualified by law as a “means of obtaining evidence”, its scope is the cooperation of the accused for the investigation and for the criminal process, an activity of a procedural nature. To take effect, the agreement must contain all the requirements of existence, validity and effectiveness. Thus, it will only be valid if it has a capable agent, a lawful object and a form prescribed by law. With this argument, part of the doctrine such as Nefi Cordero, Canotilho and Brandão, Vinicius Vasconcellos, understands that, although in a legal transaction the parties can freely negotiate, this occurs strictly within the limits of the law and the availability of assets, that is, not you can add favors outside the legal limits. Indeed, for this first stream, it is not possible to negotiate punishment, regimes and benefits not provided for by law, which includes the proceeds of crime. On the other hand, there is another current of scholars who defend the possibility, on the grounds that in the event of a judicial pardon, there could be a concession in patrimonial matters, as well as if a teleological interpretation of the law of the Merida and Palermo Conventions allow feasibility. In the meantime, the question arises: is an award-winning collaboration that negotiates the maintenance of possession or ownership of the illicit proceeds valid with the employee or his family? Regarding the answer, there is no consensus in doctrine or jurisprudence. Due to this, the present dissertation aims to deepen the two positions that deal with the possibility or not of transacting the illicit proceeds at the time of the agreement, based on an argumentative analysis of Habeas Corpus 127.483/STF, judged by the Plenary session of August, 27th, 2015, whose Rapporteur was Minister Dias Toffoli, aiming, at the end, to define the current that best fits the legal system and the Merida and Palermo Conventions.

Keywords: Award-winning collaboration agreement. Procedural legal business. Validity Plan. Lawful Object. Transaction. illicit proceeds. Habeas Corpus No. 127.483/STF. Interpretation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (Palermo Convention), and of the United Nations Convention Against Corruption (Merida Convention). Premium sanction. Employee's Subjective Right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL: O DEVIDO PROCESSO PENAL CONSENSUAL	17
1.1 O que é o processo penal consensual?	17
1.2 Os espaços de consenso no direito penal brasileiro.....	29
1.3 O microsistema da colaboração premiada	41
1.4 A colaboração premiada como negócio jurídico processual	54
2 ASPECTOS GERAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA APLICAÇÃO PELOS OPERADORES DO DIREITO	57
2.1 Da (im)possibilidade de o coautor ou partícipe impugnar o acordo de colaboração na jurisprudência do Supremo: o <i>Habeas Corpus</i> 127.483/PR (Erton Medeiros Fonseca v. Relator da Pet 5244/STF).....	57
2.2 Estratégia de acusação: da colaboração premiada como meio de obtenção de prova.....	64
2.3 Estratégia defensiva: negócio jurídico processual e momento do acordo.....	72
2.4 A (im)possibilidade da delação cruzada.....	77
2.5 Do direito subjetivo do colaborador à sanção premial	84
2.6 Da personalidade do agente e do descumprimento do acordo de colaboração firmado anteriormente.....	86
3 DA POSSIBILIDADE DE TRANSACIONAR O PRODUTO DO ILÍCITO	92
3.1 A convenção de Palermo e a Convenção de Mérida	92
3.2 Os efeitos automáticos da pena previstos no artigo 91 do código penal e a perda do produto do ilícito	98
3.3 Da inexistência de óbices quanto à adoção de cláusulas que extrapolam os limites da lei n.º 12.850/2013.....	104
3.4 Análise do HC n.º 127.483/PR (STF): a impugnação do acordo de colaboração premiada firmado pelo Alberto Youssef	107
CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS	132

INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade se encontra em colapso e instabilidade tanto no Brasil quanto em diversos países do mundo, na medida em que as instituições carcerárias são incapazes de promover a ressocialização como também não inibem o alto nível de reincidência criminal, o que vem sendo evidenciado a partir de relatórios anuais produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contendo uma radiografia do Poder Judiciário nacional.¹

Os dados estatísticos apontam um índice de reiteração delitiva de 42,5%², e, não bastasse isso, o sistema penitenciário brasileiro viola direitos e garantias humanos devido às péssimas condições carcerárias e à prática de tortura³, conforme reconheceu a própria Organização das Nações Unidas (ONU)⁴ recentemente.

No decorrer dos anos, a busca por respostas mais céleres e eficientes no Direito Penal e Processual Penal tem sido uma tendência global, porquanto ao mesmo tempo que se pretende evitar o encarceramento desnecessário e utilizar medidas alternativas que sejam menos gravosas (VASCONCELLOS, 2015, p. 11), é necessário que sejam capazes de reprimir e de prevenir a ocorrência de novos delitos.⁵

Entretanto, não se pode negar que coexistem no Brasil tendências opostas ao movimento da Justiça Penal Negociada e que buscam o aumento da repressão pelo sistema penal, visando constituir uma verdadeira guerra contra o crime em prol da relativização dos direitos

¹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

⁴ “A Organização das Nações Unidas (ONU) é uma organização internacional criada no pós-guerra e que tem como principal objetivo garantir a paz no mundo. Com sede em Nova Iorque, atualmente, a ONU conta com 192 Estados membros”. Disponível em: <https://www.infoescola.com/geografia/organizacao-das-nacoes-unidas-onu/>. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁵ Não se olvida, contudo, a necessidade de respeito aos direitos fundamentais dos acusados, porquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é clara ao estabelecer que este “novo” – à época – Estado Democrático de Direito, é pautado, primordialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana (SOUSA, 2020, p. 47), pelo que este, inclusive em hipóteses de transações penais, deve ser reverenciado e entendido como princípio orientador e hierarquicamente superior aos demais, servindo como escopo de todo o ordenamento, realizando um trabalho indispensável de paládio dos indivíduos frente à avidez jus puniendi estatal, que engloba, para tanto, o legislativo, as políticas públicas e os tribunais (SOUSA, 2020, p. 48). Especialmente porque o intitulado *Plea Bargaining* surgiu como meio de resgate dos paradigmas dos direitos humanos, sendo uma maneira de agilizar julgamentos burocráticos que podem levar anos, reverter o congestionamento de encarcerados nos presídios nacionais e diminuir o volume processual nas cortes, uma vez que é extremamente comum que os condenados recorram às instâncias superiores visando diminuir ou anular as sanções penais (SOUSA, 2020, p. 30-46). Em suma, fatores que tomam tempo e dinheiro do Estado.

fundamentais (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016, p. 6-7). Convivem, portanto, a expansão dos instrumentos negociais e a tentativa político-legislativa de recrudescer a aplicação da pena.

Ocorre que o desgaste da pena privativa de liberdade, como evidenciam os dados do CNJ, contribuiu para o advento de um novo modelo de Justiça Criminal: a Justiça Penal Negociada, cujo cerne reside na noção de que o exercício da autonomia da vontade por parte do réu é um elemento importante para romper com a visão de que o Ministério Público e o réu são antagônicos entre si (MENDONÇA, 2017, p. 64).

Em outros termos, ambos os lados, buscam oferecer concessões recíprocas, através da cooperação, a fim de que ocorra a convergência dos interesses de todos os envolvidos na maior medida possível.

Neste sentido, o acusado se compromete a colaborar com o Poder Público a fim de fornecer elementos relevantes para a persecução penal e, em contrapartida, obtém alguns benefícios que podem abrandar a pena ou, em geral, atenuar a intensidade dos efeitos penais e extrapenais de eventual condenação. Trata-se, assim, de uma verdadeira via de mão dupla que almeja uma maior eficiência processual (MENDONÇA, 2017, p. 64).

Inspirado por países típicos do sistema da *Common Law* – como os Estados Unidos da América –, o Brasil importou diversos mecanismos de resolução de conflito de cunho mais contratual, conquanto ainda pautados na heterocomposição (BADARÓ, 2017, p. 128-132).

O atual acordo de colaboração premiada, que foi positivado pela Lei n.º 12.850/2013, inevitavelmente, guarda em si muita inspiração do *plea bargaining*, mesmo que com ele não possa ser confundido, uma vez que os traços típicos do primeiro – meio de obtenção de prova constituído sob o jaez de negócio jurídico processual⁶ – o distinguem por completo do segundo – renúncia do direito ao devido processo legal tradicional (BADARÓ, 2017, p. 128-132).

De toda sorte, a importação de institutos (e de inspirações) do exterior é uma prática que possui diversos riscos, porquanto cada norma jurídica que é positivada possui uma certa carga e correspondência biunívoca com o sistema do qual ela resulta, como forma de expressão da solidariedade social (DURKHEIM, 1977) – e, por isso, é possível que acabem por ser incompatíveis com os usos e costumes de outra nação.

⁶ Sobre o conceito de negócio jurídico processual: “é possível definir negócio-jurídico processual como uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo, de que é exemplo, no processo civil, a transação em juízo (art. 267, III, CPC).” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 53).

No caso específico do Brasil, há inclusive o receio de que diversos mecanismos da Justiça Penal Negociada sejam subvertidos pela lógica inquisitorial que ainda se faz presente em alguns Tribunais do País (CRUZ, 2016).

Sem contar também que, quando a atual matriz do acordo de colaboração premiada foi introduzida no País, não trouxe consigo uma regulamentação completa, gerando inúmeras dúvidas e questionamentos acerca de seus limites e amplitudes no que concerne ao poder de barganha possível entre o Ministério Público e o investigado, já que a Lei n.º 12.850/2013 apenas elenca como critérios gerais de sua feitura a presença de interesse público e utilidade para a persecução penal (PEREIRA, 2019, p. 35-39).

Em particular, um dos problemas que mais inquieta a doutrina e a jurisprudência – e que constitui o objeto do presente trabalho – é a (im)possibilidade de se pactuar benefícios não previstos em lei, notadamente a transação sobre o produto do ilícito no acordo de colaboração premiada. Com efeito, é permitir que o colaborador mantenha consigo, ou com sua família, parte dos proventos indevidamente obtidos durante seu envolvimento com práticas criminosas, em troca do devido fornecimento de informações que sejam relevantes para o desmantelamento da organização criminosa e para a recuperação dos ativos.

O marco jurídico que tratou sobre o tema foi o *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, impetrado pela defesa de um corréu inconformado por ter sido citado como autor de diversos delitos durante a feitura do acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 27 de agosto de 2015, cujo relator foi o Ministro Dias Toffoli. O remédio constitucional foi indeferido, por unanimidade, pelo Plenário da Suprema Corte.

Contudo, a argumentação desenvolvida no voto condutor do Ministro Relator, aliado ao posicionamento externado pelos demais julgadores, servem como um farol para clarear diversas questões acerca da natureza e dos limites do acordo de colaboração premiada, notadamente a possibilidade de transacionar sobre o produto do ilícito, que é o cerne da presente pesquisa.

Ocorre que, para alcançar a melhor solução, é necessário enfrentar outras discussões doutrinárias relevantes, como a possibilidade de se mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação – como o confisco e o perdimento, por exemplo – que servirão de aporte teórico para definir se é possível ou não transigir sobre parte da vantagem ilícita obtida em troca da cooperação processual.

Assim, questiona-se: nessas situações, os efeitos extrapenais da condenação criminal, como a perda em favor da união do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, previsto no art. 91, II, b, do

Código Penal, devem ser aplicados de forma cogente ou podem ser relativizados durante a pactuação de um acordo de colaboração premiada entre as partes?

Diante de tal questão, este estudo se propõe a realizar uma pesquisa jurisprudencial no STF, detalhando em especial o *Habeas Corpus* nº 127.483/PR (BRASIL, 2015), que retrata o entendimento do plenário sobre diversas nuances do acordo de colaboração premiada, enfrentando temas como (i) os limites legais do acordo; (ii) os aspectos pessoais do colaborador, como a personalidade e o descumprimento de um pacto firmado com o Ministério Público anteriormente; (iii) a eficácia do acordo e os desdobramentos em mais de 250 inquéritos com bloqueio de ativos; (iv) a melhor interpretação para os dispositivos das Convenções de Palermo e de Mérida; (v) a existência ou não de óbices quanto à pactuação de cláusulas contendo benefícios que extrapolem os limites legais fixados pela Lei n.º 12.850/2013.

Assim, em linhas gerais de compreensão, o presente trabalho acadêmico está dividido em três capítulos, cuja subdivisão se apresenta 14 subcapítulos, os quais serão detalhados com melhor precisão a seguir.

Inicialmente, no primeiro subcapítulo do primeiro capítulo, busca-se delimitar o conceito de Processo Penal Consensual e apontar quais são seus desdobramentos sobre o processo penal brasileiro, de modo a contrastá-lo com o modelo “tradicional” que, geralmente, é aplicado nas persecuções penais. Assim, o primeiro capítulo objetiva fornecer noções gerais sobre o paradigma da Justiça Penal Negociada, a fim de clarear a compreensão para que se possa desenvolver o restante do texto.

A partir da percepção de que a Justiça Consensual Penal, no sistema *Civil Law* ter surgido na segunda metade do século XX (LEITE, 2013, p. 21), passar-se-á a vislumbrar as particularidades e peculiaridades desta iniciativa.

No segundo subcapítulo – ainda do primeiro capítulo – evidencia-se que os espaços de consenso sempre existiram no direito brasileiro durante a história, seja em maior ou menor medida.

Porém, atualmente, em razão da famigerada operação da Polícia Federal intitulada “Lava Jato”⁷ e de outras similares como a “Operação Greenfield”⁸, o acordo de colaboração

⁷ A Operação Lava Jato figurou como um conjunto de investigações realizadas pela Polícia Federal do Brasil e pelo Ministério Público Federal, objetivando apurar esquemas de lavagem de dinheiro. A operação teve início em 17 de março de 2014 e conta com mais de oitenta fases, com término em 1.º de fevereiro de 2021. O nome, altamente popularizado, se deve à suposta utilização de um posto de gasolina para movimentar valores de origem ilícita. O fato foi investigado na primeira fase da operação, quando o doleiro Alberto Youssef foi detido.

⁸ A Operação *Greenfield* foi deflagrada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal em 5 de setembro de 2016. Possui como escopo investigar desvios dos fundos de pensão, bancos públicos e estatais. Também incorporam a operação a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Quanto à nomenclatura, se trata de referência a jargão dos negócios, a respeito de

premiada acabou por se popularizar e, sobretudo, introduzir as raízes da Justiça Penal Negociada no país, de modo a fomentar os espaços de consenso no âmbito do Processo Penal.

Em contrapartida, elevou-se os riscos de subverterem os direitos e garantias fundamentais do investigado, uma vez que ele figura como a parte mais frágil durante a pactuação (SOUSA, 2020, p. 167).

O terceiro subcapítulo do primeiro capítulo, partindo da noção de que o acordo de colaboração premiada significou um marco epistemológico para a dinâmica penalista brasileira, visa analisar a legislação anterior à Lei n.º 12.850/2013 que também dispõe acerca de sanções premiais para estipular que o integrante das organizações criminosas – ou de outros sujeitos elencados pelas leis – cooperem com a persecução penal a fim de obterem alguns benefícios que podem incluir desde a redução do *quantum* da pena à imunidade penal.

Conquanto existam diferenças entre os vários diplomas que abordam as sanções premiais (v.g., a Lei n.º 11.343/2006, que trata sobre a repressão aos crimes que envolvem as drogas ilícitas; a Lei n.º 7.492/1986, que versa sobre os delitos perpetrados em face do Sistema Financeiro Nacional; dentre outras), todos aparentam uma similaridade com a Lei n.º 12.850/2013, de modo que se constata existir um verdadeiro microssistema da colaboração premiada que permite a pactuação dos diversos benefícios previstos por marcos legislativos afins diante do caso concreto – ainda que não elencados propriamente pela lei que tutelam o bem jurídico hipoteticamente violado.

Destarte, o quarto e último subcapítulo do primeiro capítulo demonstra que a colaboração premiada figura como negócio jurídico processual penal. Para tanto, é crucial o entendimento de que o ajuste em solo brasileiro não se confunde com a noção de *plea bargaining* estadunidense (GIACOMOLLI, 2006, p. 41).

Não se olvida, para tanto, que no ordenamento jurídico pátrio, a barganha processual aparece como pertencente ao rito sumário (SOUSA, 2020, p. 171-172).

Para mais, a própria Lei 12.850/13, prevê os elementos necessários para a existência do 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.

Pode-se inferir do tópico, portanto, que os acordos de colaboração premiada possuem natureza de negócio jurídico processual, irradiando efeitos materiais no curso da ação penal,

espécie de investimento que envolve projetos iniciantes, ainda no papel. À título de curiosidade, contrário de *Greenfield* é o *Brownfield*, classe de transações em que os capitais da empresa já se encontram em operação.

como, por exemplo, com a inserção de cláusulas que preveem o perdão judicial, a redução ou substituição da pena ou progressão de regime (SILVA, 2015, p. 57).

Feitas as considerações gerais sobre a Justiça Penal Negociada, o presente trabalho aprofunda a pesquisa acerca do instituto da colaboração premiada, de modo a analisar que seu emprego pode constituir estratégias tanto para a defesa quanto para a acusação, além de delimitar alguns questões problemáticas, como a possibilidade de se lastrear sentença penal condenatória unicamente em “colaboração premiada cruzada”, e ainda, se a personalidade do agente ou o descumprimento de acordo de colaboração firmado anteriormente inviabilizaria ou não o pacto.

O segundo capítulo, portanto, foi dividido em seis subcapítulos, sendo que o primeiro se destina a examinar a (im)possibilidade de o partícipe ou coautor impugnar acordo de colaboração premiada.

De antemão se evidencia que o ajuste colaborativo, por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, não permite impugnação de coautores e partícipes, ainda que expressamente nominados no “relato da colaboração”. O pacto produz efeitos jurídicos tão somente na esfera jurídica do colaborador.⁹

Posteriormente, no segundo subcapítulo do segundo capítulo, estudar-se-á a utilidade do acordo de colaboração premiada para a acusação, que pode se valer dele como um meio de obtenção de prova para subsidiar (e, até mesmo, possibilitar) a investigação dos crimes envolvidos e, desta forma, fornecer os elementos necessários para o oferecimento da denúncia ou para seu prosseguimento. Erigiu-se, assim, uma grande ferramenta de combate ao crime organizado.

No tópico seguinte, um raciocínio bastante similar é desenvolvido, porém sob o ponto de vista da defesa, que pode se valer do referido negócio jurídico processual para atenuar os efeitos decorrentes de uma sentença penal condenatória quando a situação do réu lhe é totalmente desfavorável e o objetivo de seus patronos passa a ser tão somente o de encontrar meios de diminuir o *quantum* ou a natureza de sua pena. Em tais casos, o acordo surge como uma estratégia muito interessante para o colaborador.

⁹ Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Partindo do valor probatório e da natureza da colaboração premiada, o terceiro subcapítulo do segundo capítulo tem por objetivo analisar se o fato de diversos colaboradores apontarem um determinado sujeito como autor, em sede dos depoimentos que foram prestados, é suficiente para se sustentar, com exclusividade, a condenação, ou se é necessário que outros meios de prova estejam presentes para reforçar a pretensão acusatória.

O quinto subcapítulo do segundo capítulo, por sua vez, versa sobre o direito subjetivo do colaborador à sanção premial em hipótese de o ajuste produzir os resultados buscados pelas partes e promover a efetividade do feito. No desenvolvimento do tópico, verificar-se-á se o sujeito delator possui a garantia de exigir judicialmente os benefícios da sanção premial, uma vez tendo cumprido integralmente com sua obrigação no momento do pacto.

O último (sexto) subcapítulo do segundo capítulo tem por escopo a análise dos aspectos pessoais do investigado, mais especificamente no que concerne à sua personalidade e o eventual descumprimento de um acordo de colaboração firmado anteriormente, de modo a averiguar se esses dois elementos são capazes de criar óbices para a celebração de um futuro acordo de colaboração premiada pautado em matéria distinta daquela na qual se deu o descumprimento.

Por fim, o terceiro capítulo efetivamente enfrentará a questão da validade do negócio jurídico processual, firmado no acordo de colaboração, diante da transação sobre o produto do ilícito, e se existem óbices no microsistema da colaboração premiada ou nas Convenções de Mérida e Palermo das quais o Brasil é signatário, para que assim se proceda.

Para tanto, dividiu-se o capítulo em quatro subcapítulos que se destinam a tratar diversos aspectos pertinentes para elucidar a viabilidade jurídica da negociação do produto obtido ilicitamente.

No primeiro subcapítulo do terceiro capítulo, empreende-se um estudo acerca das Convenções de Palermo e de Mérida, que foram ratificadas pelo Brasil, e que contém, respectivamente, disposições para o enfrentamento da lavagem de dinheiro e da corrupção sistêmica que assola países de todo o mundo. O expediente se justifica tendo em vista que o *Habeas Corpus* 127.483/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, objeto da presente pesquisa, ao deliberar sobre a possibilidade de pactuação de cláusulas que versem sobre bens de caráter patrimonial, fundamentou-se nas convenções internacionais.

No segundo subcapítulo do terceiro capítulo, o art. 91 do Código Penal constitui objeto de exame, uma vez que sua leitura revela que a perda do produto do ilícito em favor da União (ou, a depender, da vítima) é um efeito automático da pena, porquanto se objetiva a impedir o enriquecimento ilícito por parte do réu.

No terceiro subcapítulo do terceiro capítulo, objetiva-se a analisar especificamente a Lei n.º 12.850/2013, matriz do negócio jurídico processual em exame, de modo a buscar elementos que reforcem ou refutem a possibilidade de se negociar com o Ministério Público parte das vantagens indevidamente obtidas. Não obstante, evidenciou-se que a lei em referência não possui disposição normativa contrária a tal prática – ao revés, parece, inclusive, incentivá-la, como se poderá perceber pela leitura conjunta de seus dispositivos.

O quarto subcapítulo constitui por escopo o escrutínio do já mencionado *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Embora ainda se trate de uma discussão em aberto, o Acórdão em análise do plenário do Tribunal Supremo caminha em direção ao reconhecimento da possibilidade de se transacionar o produto do ilícito, caso o agente colaborador cumpra integralmente a obrigação por ele assumida no acordo, quais sejam: falar a verdade; identificar expressamente os supostos autores do esquema de organização criminosa; entregar os documentos necessários; recuperar total ou parcialmente o produto dos crimes; e, não menos importante, prestar as declarações voluntariamente; bem como em hipótese de a colaboração produzir os resultados almejados.

Será possível concluir, ao final, que transacionar o produto do ilícito tende a encorajar o investigado a delatar seus antigos companheiros, porém ainda gera, devido à ausência de uma pesquisa aprofundada sobre a questão, diversos riscos para os direitos e garantias fundamentais do colaborador, de modo que o Estado deve estar atento, durante a homologação, aos elementos da voluntariedade e da legalidade.

De acordo com o utilitarismo de Bentham, ver-se-á que o Estado está em melhores condições para delimitar os interesses da sociedade do que os próprios membros da comunidade, levando-se em consideração a limitação humana acerca do prazer e da dor (SOUSA, 2020, p. 103).

Contudo, muito embora a cessação da ação delituosa seja o objetivo da punição, servindo para evitar mal à comunidade, a eficiência da vida feliz em comunidade – uma vez que na sua origem, a teoria era intitulada como “da maior felicidade” – não pode arruinar os direitos individuais fundamentais alcançados a duras penas (SOUSA, 2020, p. 103).

1 UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL: O DEVIDO PROCESSO PENAL CONSENSUAL

As ferramentas de consenso introduzidas na esfera criminal deram origem a um novo modelo de atuação da Justiça Penal, acarretando uma necessária e nova interpretação do processo penal como instrumento de resolução de conflitos penais: a Justiça Penal Consensual, Negociada ou Pactuada. Porém, a ideia de modelo consensual não reflete uma alteração total de trâmite processual, mas sim concorre com o modelo conflitivo (ANDRADE, 2022, p. 57-58).

Já vergastada por diversos doutrinadores, há quem faça a distinção entre a Justiça Penal Consensual e a Justiça Penal Negociada. E assim, no consenso, haveria uma diferença entre o consentimento, de forma positiva, sendo definido pelos limites de atuação das partes a partir da legislação, sem muito espaço para discussão, traduzindo-se em uma aceitação, e o consentimento negativo, definido pela ausência de recusa, onde as partes detêm mais autonomia para a formulação de propostas e para a delimitação do conteúdo, havendo maior discricionariedade na busca do acordo e maior poder de discussão entre as partes.

Ambas se orientam pelo espaço do consenso, sendo o diálogo como paradigma para alcançar a resolução pactuada do conflito.

A Justiça Penal Consensual, sob o prisma procedimental, é mecanismo alternativo de resolução de conflitos criminais, com vistas a possibilitar uma resposta mais rápida, útil e efetiva tanto para o réu quanto para os atores públicos.

1.1 O que é o processo penal consensual?

O processo penal consensual, em síntese, pode ser definido como a categoria de processo penal que confere maior importância e atenção à manifestação de vontade das partes, quais sejam a acusação e a defesa. No consenso, portanto, a convergência de vontades desempenha papel crucial para o desenlace do processo (LEITE, 2013, p. 23).

Neste sentido, é de fácil constatação que a justiça consensual é totalmente pautada na bilateralidade entre elementos que, anteriormente, se viam como antagônicos no ordenamento jurídico, dado que, enquanto o Ministério Público flexibiliza a persecução penal, o réu manifestamente renuncia às oportunidades do processo penal completo, com a completude da ampla defesa (LEITE, 2013, p. 23). Trata-se, deste modo, de uma espécie de contrato.

O contrato, mais que um instituto jurídico, é visto por muitos pensadores e filósofos como uma característica da própria essência humana, haja vista que nenhuma outra espécie

animal possui a capacidade de realizar negócios e resolver controvérsias por meio de fórmulas consensuais (SMITH, 1996, p. 73).

O potencial de engendrar acordos figurou como um marco necessário de evolução para a humanidade ao permitir que fosse superado o modelo rudimentar e violento de autotutela, no qual, geralmente, o indivíduo mais forte fisicamente subjugava e submetia o mais fraco à sua vontade (SMITH, 1996, p. 73).

Não se pode dizer, entretanto, que a questão foi superada. A justiça consensual é instituto novíssimo quando se trata de Brasil, de maneira que as problemáticas que envolvem a preponderância do mais forte sobre o mais fraco seguem críticas. Exemplo disso é o encarceramento em massa absorvido pelo Brasil. O País está no *ranking* das nações com as maiores taxas de encarceramento em todo o globo, conquistando o primeiro lugar, quando se analisa apenas a América do Sul (SOUSA, 2020, p. 29-31).

Com a possibilidade de firmar acordos, o consenso surge a partir da ideia de interação comunicativa ou concessões recíprocas, envolvendo-se, em sua origem, com a área do Direito Civil e Comercial. Serve como componente para a elaboração de contratos, isto é, o assentimento de deveres e obrigações pelas partes do ajuste. Deste ponto de vista, o consenso é, portanto, um “ponto comum para o qual interesses opostos convergem, possibilitando a realização do negócio jurídico” (LEITE, 2013, p. 21-22).

Aliás, é possível notar que o contrato, ao longo dos anos, mais que um pedaço de papel ou um acordo de vontades, passou a ser entendido como um processo cuja execução deve ser adaptável às mudanças e situações existentes no caso concreto, de modo a refletir não apenas a vontade dos indivíduos, mas também os anseios da sociedade:

O contrato deve possuir um desempenho funcional, como mecanismo jurídico de conformação de relações sociais. Numa visão alargada, o consenso das partes é pensado em conjunto com o ‘ambiente’ em que se manifesta, integrando, como fator constitutivo e modelador, um sistema de coordenação vinculativa de ações individuais aberto à comunicação com outros sistemas de enquadramento de referência (RIBEIRO, 1999, p. 14-15).

Percebe-se, por conseguinte, no atual cenário, que a capacidade de pactuar acordos não está subordinada aos temas que são correlatos à esfera pessoal dos indivíduos, porquanto o Direito Público, paulatinamente, tem se apropriado de alguns desses mecanismos que, há pouco, estavam ligados às relações jurídico-privadas (HEGEL, 1997, p. 70-71).

Isso porque se trata de uma tendência não de simplificar, mas de racionalizar o processo e adequá-lo à convergência volitiva das partes (YARSHELL, 2015, p. 79-80), uma vez que as formalidades legais positivadas pelo legislador nem sempre são capazes de refletir

determinados casos concretos em sua inteireza. Por certo, o mundo dos fatos tende a ser sempre mais complexo e amplo que o mundo jurídico, demandando técnicas processuais mais céleres e eficientes.

Em um primeiro momento, numa análise mais detalhada, é possível perceber que os acordos e negócios jurídicos processuais sempre estiveram presentes na dialética processual, até mesmo na seara penal, embora a presença de tais elementos seja mais comum nos países anglo-saxônicos que no Brasil (STRANG, 2014).

Segundo os ensinamentos do jurista Robert Strang, o *plea bargaining* e os negócios jurídicos de jaez penal estão presentes, em alguma medida, em todos os países do mundo, ainda que sob meios informais durante fase do inquérito policial evidenciando que não se trata efetivamente de uma novidade em termos ontológicos.

Entretanto, não há dúvidas de que assumiram uma importância muito maior no período contemporâneo, de modo que se trata de uma verdadeira tendência moderna da doutrina o implemento de negócios jurídicos processuais no âmbito penal (FERNANDES, 2005, p. 265) em busca dos benefícios que a celebração do acordo proporciona.¹⁰

Não por acaso, a contratualização da justiça se serve – cada vez mais – do consenso para a efetivação da resolução de lides havidas “em setores da vida social que eram tradicionalmente considerados como fora do livre jogo das vontades privadas”. Por via de consequência, as partes são estimuladas a participar mais intensamente da resolução do problema jurídico, visando a solução antecipada (LEITE, 2013, p. 43).

Abrindo um parêntese, nota-se que, muito embora os termos “justiça consensual penal” e “justiça negociada” sejam tidos como sinônimo pela maior parte dos estudiosos, há quem as distinga, utilizando, para tanto, a presença ou não de atos de negociação efetiva entre as partes (LEITE, 2013, p. 22).

Neste espectro, considera-se justiça consensual o “modelo que concede lugar mais ou menos importante ao consentimento dos interessados, seja sob a forma positiva de aceitação ou sob a forma negativa de ausência de recusa”. Aqui, reivindicam-se a manifestação do acusado por penas alternativas, liberdade condicional, *sursis* ou outras (TULKENS; KERCHOVE *apud* LEITE, 2013, p. 22).

¹⁰ “Nessa perspectiva, o papel da defesa do investigado não é diminuído, mas configurado de forma diferente, uma vez que a ela caberá analisar a conveniência no acordo e as correspondências entre eventuais direitos fundamentais mitigados e os prêmios negociados. Em última análise, caberá à defesa escolher entre a tradicional preservação de todos os direitos fundamentais do colaborador, naquilo que podemos nominar como uma defesa convencional, ou escolher entre avaliar a pertinência de mitigação de alguns direitos fundamentais em troca de prêmios penais que podem aumentar a liberdade e o bem-estar do colaborador” (SOUZA; DOWER, 2017, p. 143).

A justiça negociada, por sua vez, tem como aspecto essencial a autonomia da vontade, revelando situações que o acusado detém um poder de barganha acerca das ofertas que lhe são feitas, discutindo, portanto, sobre a sua substância (LEITE, 2013, p. 23).

De qualquer forma, ambas as terminologias são tidas, pela ampla maioria, como sinônimos, pelo que o “consensualismo”, no sentido *lato sensu*, é qualificado como “o princípio em virtude do qual o órgão acusador e as partes privadas, delinquente ou vítima, acordam excluir a aplicação das regras jurídicas normalmente aplicadas” (LEITE, 2013, p. 23).

Nesse sentido, ao permitir e inclusive estimular, no âmbito criminal, a feitura de acordos, há de se ter em vista que a troca de informações privilegiadas sobre os autores ou a conduta criminosa por benefícios ligados à aplicação da pena ou do regime de cumprimento, por exemplo, pode vir a contribuir para atenuar as nefastas consequências do crime, principalmente, dentro do contexto das organizações criminosas, em vista da maior lesividade que se faz presente:

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

Nitidamente, o modelo tradicional e burocrático de processo penal brasileiro há muito vem provocando insatisfação tanto ao Poder Judiciário quanto à sociedade como um todo, porquanto nem os apenados são ressocializados, nem tampouco a sociedade se sente segura, mesmo que o país conte com mais de setecentos e setenta mil pessoas integrantes da chamada população carcerária¹¹.

É possível perceber que em praticamente todos os países do mundo – dentre os quais se inclui o Brasil – engendrou-se uma necessária reflexão acerca de novos mecanismos para tornar o processo penal mais célere e eficiente (VASCONCELLOS, 2015, p. 11-12).

Em tom profético, a Recomendação R (87) 18 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (*Recommendation No. R (87) 18 do Council of Europe Committee of Ministers*), em 1987, já previa a criação de espaços de consenso através da adoção de acordos extrapenais¹² como mecanismos aptos a promover a simplificação do processo penal.

¹¹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2022.

¹² Disponível em: [http://www.antonioacasella.eu/restorative/rec\(87\)18.pdf](http://www.antonioacasella.eu/restorative/rec(87)18.pdf). Acesso em: 17 dez. 2020.

A utilização da barganha no âmbito do processo penal acabou, tão logo, por consolidar a chamada justiça penal negocial¹³, que, diferente do modelo tradicional, possui um maior enfoque sobre o aspecto volitivo tanto do acusado quanto do acusador, enxergando ambos não apenas como meros integrantes de polos antagônicos e rivais, mas como partes capazes de, em conjunto, cooperarem em prol da Justiça e do desmantelamento das organizações criminosas, ou seja:

[...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes (VASCONCELLOS, 2020, p. 55).

Portanto, a utilização da autonomia da vontade como força motriz da persecução criminal, em que as partes realizam concessões recíprocas, ocorre de maneira semelhante àquela que transcorre nos contratos do Direito Civil.

Isso não significa, entretanto, a plena liberdade de estipular quaisquer condições, haja vista que: “[...] a atuação da autonomia da vontade não pode mais ser considerada irrestrita, devendo respeitar o ordenamento e seus princípios tutelares” (MAURO, 2001, p. 242). Afinal, ainda que tais acordos se aproximem de um gênero típico do Direito Privado, notoriamente, envolvem questões de ordem pública, como a tutela dos bens jurídicos e a repressão da criminalidade.

De toda sorte, um número cada vez maior de países, influenciados pela *Civil Law*, iniciaram uma série de reformas em seus sistemas predominantemente inquisitoriais a fim de aperfeiçoá-los com institutos de natureza proveniente do sistema acusatório, dentre os quais é possível destacar as variadas formas do *plea bargaining*, instituto este que deriva da *Common Law* norte-americana, em que as partes, através de convergência volitiva, formalizam acordos que tratam sobre aspectos criminais (LANGER, 2004, p. 36), diminuindo, em parte, o protagonismo do Estado-Juiz.

¹³ Nesse sentido, vale mencionar o vaticínio do jurista alemão Rudolf von Ihering: “Um dia, os juristas irão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade” (IHERING, 1997, p. 67).

Com o incremento do uso de negócios jurídicos processuais no âmbito do Processo Penal, surgiu a noção de um Processo Penal Consensual¹⁴, em que se esvazia o teor altamente inquisitório em proveito do incentivo à participação dos sujeitos envolvidos (MENDONÇA, 2017, p. 65) a fim de aproximá-los e possibilitar uma solução mais justa e, sobretudo, eficiente que aquela hodiernamente produzida, de modo a adequar a norma ao caso concreto.

Isso, muito em razão do que se intitula de “crise do processo penal”, isto é, adversidades experimentadas pelos órgãos jurisdicionais a partir da lentidão da justiça, considerando o enorme volume processual que a atual sistemática promove e alimenta. A crise, não obstante, desencadeia a perda da credibilidade do sistema penal, uma vez que a sensação de impunidade se vê em uma crescente (LEITE, 2013, p. 45).

Muito embora tal desequilíbrio não seja uma novidade da modernidade, a complexibilidade da sociedade em virtude da globalização e industrialização apresentaram consequências para a administração do judiciário, exasperando suas deficiências e burocracias – tida por muitos como desnecessárias –, fator que demanda rápidas soluções (LEITE, 2013, p. 45).

A insatisfação não é exclusividade do sistema processual penal brasileiro. É problema nas mais diversas sociedades pós-modernas, cuja criminalidade encontra espaço para se reinventar. É nesse contexto de transformação que o domínio estatal sobre a resolução de conflitos precisa da inovação proposta pela justiça penal consensual.

Françoise Tulkens, a partir da doutrina de Jean De Munck (ANDRADE, 2022, p. 60), asserta que o ingresso de mecanismos de consenso na esfera criminal se justifica exatamente pois o mundo moderno exige que estruturas e regulações autoritárias e burocratizadas passem a ceder espaço para novas formas e modelos de resolução de conflitos, a partir da maior comunicação, participação e flexibilidade nos métodos.

Engendrou-se, assim, um novo viés do Processo Penal que tem como cerne a noção de que o exercício da autonomia da vontade encontra respaldo na própria dignidade humana, e desse modo, a possibilidade de estruturação do conteúdo eficaz dos negócios processuais celebrados, mediante a ampliação dos espaços de consenso, ainda que envolvendo questões criminais, é expressão legítima da capacidade humana de compreender, reparar e, sobretudo, auxiliar na redução dos danos provocados pelo ilícito penal:

¹⁴ O Processo Penal Consensual manifesta-se, no Brasil, a partir da Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95), que visa estipular procedimentos para solucionar conflitos tutelados pelo direito penal, utilizando-se, para tanto, diversos instrumentos de solução de comum acordo entre a vítima, o Estado e o agente ativo, que pretendem punir a conduta ilícita e garantir a pacificação das relações sociais.

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, não se pode olvidar que a transição entre o modelo tradicional de resolução de conflitos ao chamado Processo Penal Consensual tende (e tenderá) a ser conturbada, uma vez que determinados institutos oriundos do Direito Comparado nem sempre são traduzidos, ou se adequam, com exatidão no ordenamento jurídico brasileiro, podendo gerar graves problemas tanto de ordem teórica quanto prática.

Dentre as adversidades que mais se destacam, provenientes do consenso na esfera penal, segundo dispõe Rosemeire Ventura Leite na obra literária “Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal”, destacam-se o (i) “embate” com os direitos fundamentais; (ii) a problemática da verdade consensual; (iii) o choque com a obrigatoriedade e oportunidade da ação penal; (iv) a diminuição dos poderes do magistrado; e, ainda, a (v) contratualização do processo penal (LEITE, 2013, p. 29).

Os direitos fundamentais, absorvidos pelo ordenamento jurídico e pela sociedade, bem como fortemente sedimentados ao longo das décadas, dentre outros fatores, existem a fim de garantir dignidade à pessoa do acusado contra abusos do poder punitivo estatal.

Neste espectro, quando se opta por incorporar a resolução negociada do conflito, há quem entenda que o devido processo legal resta prejudicado. Rosimeire, entretanto, salienta que na colaboração premiada, o que ocorre é que a “limitação ao direito fundamental” desenrola-se por vontade explícita do titular do direito salvaguardado, isto é, por renúncia (LEITE, 2013, p. 29-30). Essa renúncia é estabelecida por critério legais e, por isso, compatível com o Estado de Direito.

Jorge Reis Novais, da mesma maneira, compreende que “há sempre a existência prévia de uma posição jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, que, por força da expressão de vontade concordante do seu titular, sofre um enfraquecimento face ao Estado ou a entidades públicas” (NOVAIS *apud* LEITE, 2013, p. 30).

O argumento preponderante contra o consenso em matéria criminal gira em torno do conceito de que os direitos fundamentais são inalienáveis e irrenunciáveis. Contudo, há que se ressaltar que as mencionadas garantias precisam ser observadas e respeitadas não só em proteção ao titular imediato, mas de toda a sociedade, apoderando-se de uma proporção que ultrapassa o interesse de uma pessoa individualmente (LEITE, 2013, p. 31).

Para mais, sendo o acusado titular de estabelecido direito fundamental, lhe cabe individualmente o poder e a liberdade para decidir pela melhor forma de concretizá-lo, utilizando, para tanto, do exercício de sua autonomia pessoal.

Assim, a “renúncia” não é tida como restrição, mas uma maneira de efetivar seus direitos fundamentais pela opção, momento em que o acusado escolhe anuir com a “limitação” para alcançar benefícios que não poderia almejar em outro cenário fora dos espaços de consenso. (LEITE, 2013, p. 31).

Há quem entenda¹⁵, ainda, que na esfera da justiça criminal consensual não há averiguação meticulosa do fato criminoso e de sua autoria, uma vez que supostamente a manifestação de vontade para a realização do acordo é “mais prestigiada”, “independentemente de discussões acerca do que efetivamente ocorreu”, cabendo ao magistrado, tão somente, apurar os requisitos legais do ajuste e os elementos mínimos que atestam a existência do delito e a participação do acusado (LEITE, 2013, p. 38).

Outra problemática que envolve o ajustamento em ordem penal tange à ação penal. Isto é, à falta da ação penal “ordenada”, como conhecemos. O contratempo surge a partir da ideia de que “o Estado não possui apenas o poder, mas o dever de punir aqueles que desrespeitam as normas penais” (LEITE, 2013, p. 40).

No mais, uma parte da doutrina enxerga a contratualização do processo penal como outro revés do consenso penal, uma vez que a expansão do espaço destinado ao ajuste das partes representaria uma “intervenção de interesses privados na solução do conflito entre *jus puniendi* e *jus libertatis*, matéria de ordem pública e submetida a regras que deveriam ser indisponíveis” (LEITE, 2013, p. 42).

O autor Vinicius Vasconcellos, por exemplo, é outro expoente que já criticou duramente o consenso na esfera penal, dividindo, para tanto, suas justificativas em seis argumentações distintas que se complementam. Inicialmente, Vasconcellos enunciou que a barganha serviria para expandir demasiadamente o direito penal, figurando como obstáculo para o processo;

¹⁵ Rosemeire e Francine Nunes Arantes, 2015.

raciocínio que se liga à segunda objeção: o processo penal consensual desvirtuaria a democracia inerente ao instituto (SOUSA, 2020, p. 198).

Vinicius Vasconcellos continua e defende que a barganha levaria a condenações injustas de inocentes, que confessariam com medo de um mal maior. Para mais, a mencionada confissão regressaria ao patamar de “rainha das provas”, frustrando o contraditório e a ampla defesa. Por conseguinte, a defesa assumiria atribuições judiciais; e, por último, o julgamento e o direito de defesa seriam eliminados, dado que as partes poderiam renunciar a estas garantias (SOUSA, 2020, p. 198).

Repressor do instituto, Nicolás Garcia reverbera que, muito embora os Estados Unidos, propulsor da barganha, tenham comprovado vantagens da justiça consensual, quais sejam economicidade de tempo e dinheiro, as desvantagens, talvez, compreendam uma quota parte maior na fatia (SOUSA, 2020, p. 199).

Dentre as desvantagens enfrentadas, Garcia cita (a) a ausência de responsabilidade do promotor; (b) a urgência em distanciar-se de julgamentos argumentando-se, para tanto, as possibilidades de benefícios; (c) a autoincriminação sem efetiva análise probatória; (d) o suave tratamento dos acusados culpados; (e) possível sanção mais rigorosa aos réus que não aceitem o pacto, e expectativa de condenação de indivíduos inocentes (SOUSA, 2020, p. 199).

Aury Lopes Junior enuncia que a admissão da justiça consensual no Brasil conspurcaria o mais significativo dos direitos dos acusados: do julgamento justo. Em resumo, é possível perceber que as críticas assentadas giram em torno dos aspectos sociais, econômicos, legais e pragmáticos (SOUSA, 2020, p. 200).

Não se olvida, entretanto, que a flexibilização da obrigatoriedade da ação penal sucede há tempos, principalmente em nações que introduziram em seu ordenamento jurídico, a *Civil Law*. Os mecanismos alternativos irromperam o judiciário principalmente a partir do estudo dos crimes de bagatela, em que a imputação de sanções penais se mostrava grave em demasia, além de despropositada (LEITE, 2013, p. 40), demonstrando que a aplicação de medidas alternativas pode ser mais eficiente, sem deixar de satisfazer a política criminal e atender o interesse punitivo.

Percebe-se, conseqüentemente, que a obrigatoriedade da ação penal é capaz de coexistir com mecanismos que possibilitam desfechos alternativos ao processo. Basta, neste sentido, que o Ministério Público e a advocacia atuem dentro da estrita legalidade, cuidando para que não se perceba abusos ou transgressões aptas a macularem o instituto do acordo (LEITE, 2013, p. 40-41), e que se compatibilizem com a devida resposta estatal.

Outra barreira que advoga contra o ajuste no processo penal concerne à diminuição dos poderes dos magistrados, dado que a autonomia das partes para solucionar a lide é ampliada. Isto é, as ações comumente atribuídas ao julgador, de conhecer os fatos, examinar as provas e estruturar seu conhecimento motivado, traduzido em veredicto, seriam comprimidos pela acusação e pela defesa, com maior espaço de ação e de liberdade (LEITE, 2013, p. 41).

Todavia, o que se percebe na colaboração premiada, é que as atribuições dos magistrados, ao invés de se apequenarem, são modificadas. É atribuído ao juiz o encargo de fomentar o acordo entre as partes e verificar a legalidade dos acordos, evitando negociações danosas para todos e para a própria Jurisdição.

Observa-se, portanto, que o magistrado continua a deter posição de destaque na efetivação do pacto, além de atuar na análise dos acordos, evitando ajustes prejudiciais e verificar a presença do ilícito penal e da atuação do acusado, realizando evidente análise probatória (LEITE, 2013, p. 42).

O juiz, destarte, se encarrega de cuidar do controle jurisdicional, a fim de precaver o imputado de maus ajustamentos e, outrossim, escudar os interesses da justiça justa, façanha determinante para a legitimidade e segurança do consenso no âmbito criminal (LEITE, 2013, p. 42).

É fato que o direito contratual se encontra em constante evolução, assim como o direito penal e processual penal que, por mais que, supostamente, tenham recuado em seu caráter repressivo, atuam de maneira a sanar os litígios que anteriormente demoravam até mesmo décadas para serem finalizados, além de demandar um número exacerbado de servidores do Estado e de verba pública.

Isso, inclusive, porque as instituições jurídicas originadas na história estão atreladas ao contexto social em que elas foram engendradas, de modo que o funcionamento correto e normal dos institutos possui certos pressupostos lógicos que, por vezes, acabam sendo esquecidos durante o processo de introdução em outro ordenamento diverso, incentivando uma “mixagem teórica” que pode ser maléfica (STRECK, 2017, p. 96).

No caso do acordo de colaboração premiada, por exemplo, há de se ter em vista que ainda estão presentes no Brasil inúmeros resquícios inquisitoriais (LOPES JUNIOR, 2020, p. 49), de forma a criar riscos de que o referido acordo de colaboração premiada, que deveria ser pautado no consensualismo, torne-se um meio inquisitivo e forçoso de obter informações do delator, à semelhança do que ocorria na Idade Média através das torturas e ordálias. Por isso:

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 JUNIOR, 2020, p. 855-856).

Visando impedir que a colaboração premiada viole os direitos fundamentais do sujeito delator, nas palavras do jurista alemão Heinrich Henkel, o Processo Penal deve ser compreendido como um verdadeiro Processo Constitucional Aplicado (*apud* DIAS, 1984, p. 74), uma vez que há inúmeros princípios processuais e constitucionais que formam um sistema sob o qual a leitura dos instrumentos negociais será realizada.

Ademais, a Justiça Penal Negociada não é autônoma, porquanto se encontra submetida ao crivo do Processo Penal e de toda a sua base principiológica (DE-LORENZI, 2020, p. 158).

Evidencia-se que, em sentido conceitual, “as garantias”, inerentes aos direitos fundamentais, estão predispostas na Constituição Federal, amplamente conhecida como Lei Maior, figurando como “de máxima relevância” ao ordenamento jurídico pátrio. Assim, todos os demais regramentos existentes devem ir ao encontro das garantias fundamentais, preservando-as e tutelando-as (LEITE, 2013, p. 205).

Os direitos fundamentais são intrínsecos ao Estado Democrático de Direito, pelo que qualquer norma ou cláusula contratual em descompasso com estas garantias “perderia o fio institucional de contato com a realidade concreta”, não sendo eficiente e, portanto, vazio e inválido (LEITE, 2013, p. 205).

O acordo de colaboração premiada – um dos principais instrumentos da Justiça Penal Negociada brasileira –, por exemplo, deve ser vislumbrado através de uma ótica utilitarista¹⁶ (REALE JÚNIOR, 2019, p. 77-82), mas ciente de assegurar ao colaborador os seus direitos e garantias fundamentais, e não apenas o desmantelamento de eventual organização criminosa ou a obtenção de elementos para a continuidade da persecução penal *in judicio*.

Em razão de estar atrelada à dignidade humana, a eventual celebração de um acordo não poderia, por exemplo, vilipendiar os direitos e garantias fundamentais do investigado em prol

¹⁶ O princípio da utilidade denota uma tendência humana de evitar o mal e se obter o bem, isto é, aumentar o prazer e diminuir a dor, garantindo a eficiência da vida em sociedade (SOUSA, 2020, p. 102-103). Assim, cada vez mais presentes na Justiça Penal, a barganha e o consenso estariam priorizando, pelo utilitarismo, um maior custo-benefício em busca de uma resposta ao problema da ineficácia dos julgamentos criminais brasileiros (SOUSA, 2020, p. 257).

da obtenção de informações relevantes acerca da prática delitiva de um determinado grupo. Isto é, não é admitido privilegiar o poder estatal, em constrangimento aos direitos do réu.

A busca pela verdade, por certo, não pode ocorrer em detrimento dos preceitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito (REIS; DIAS; CUNHA, 2020, p. 342).

Há quem defenda que Processo Penal Consensual não constitua um ramo à parte do Processo Penal Tradicional¹⁷. É de se destacar que o Direito Processual Penal é um ramo do Direito Público, de modo que a relação jurídica material subjacente ao processo penal engloba, de um lado, a defesa do interesse público, traduzido na necessidade de reposição dos bens jurídicos eventualmente ofendidos e, de outro, o objetivo do consenso está inserido na função precípua da disciplina processual penal, mesmo que o primeiro possua traços muito distintivos em relação ao segundo.

Com efeito, ainda que exista um certo contraste entre ambos, estão unidos a uma só finalidade pública que lhes garante um verdadeiro cunho unitário:

O direito penal tem de harmonizar perspectivas antagônicas, do indivíduo e da coletividade. No que diz respeito à perspectiva coletivista, seu fim último é a proteção de bens jurídicos. Como meio de primeira ordem para esse fim, emprega-se a criminalização de condutas mediante ameaça de pena (criação de normas penais), que objetivam prevenir a ocorrência de ofensas a esses bens jurídicos. Quando um crime é cometido (ou seja, o bem jurídico já foi ofendido), entra em ação um meio de segunda ordem, que é a aplicação e a execução da pena. Entendo que a finalidade da imposição da pena é reafirmar a validade da norma infringida, o desvalor da conduta proibida e a seriedade da ameaça de pena. Portanto, a determinação da pena tem papel de contribuir para a prevenção de ofensas a bens jurídicos, estando limitada pelos princípios da legalidade e da culpabilidade (DE-LORENZI, 2019, p. 159).

¹⁷ “O estudo desse novo modelo de justiça penal não dispensa, contudo, alguns comentários sobre sua legitimação. Fernandes (2001, p. 141-164) assevera que a justiça criminal consensual se legitima em um duplo fundamento: filosófico e criminológico. Do ponto de vista filosófico, poderiam ser invocadas a teoria do utilitarismo, daí resultando um sistema punitivo estatal orientado para suas consequências, centrado na metodologia do output, ou seja, do maior rendimento possível; a teoria do agir comunicativo, de Jürgen Habermas, cuja ideia central seria a de criação de uma situação ideal de comunicação, em que a decisão seja o produto de uma discussão livre e isenta de coação, fundamentada pela via do discurso; e a teoria da legitimação através do processo, de Niklas Luhmann, embora, quanto a esta última, seja difícil aceitar um consenso intra-processual, mas apenas anterior ao próprio processo, no sentido de aceitação, pelos futuros sujeitos processuais, da vinculação de suas pretensões à decisão judicial. Já do ponto de vista criminológico, ainda de acordo com a lição de Fernandes (2011, pp. 141-164), o fundamento da justiça penal consensual seria a teoria do labeling approach, que volta a análise não para a pessoa do criminoso ou para o fato delituoso, mas sim para o próprio sistema de controle. Essa teoria preocupa-se com a seleção informal realizada pelas instâncias formais de repressão penal e, por conseguinte, vislumbra na justiça consensual a busca de soluções alternativas com vista a evitar o efeito estigmatizante do sistema formal de justiça penal. A perspectiva da labeling approach, sem dúvida, lança séria descrença sobre o ideal ressocializador do sistema penal. Isto devido, entre outras razões, ao mencionado caráter estigmatizante das penas, que pode potencializar, em última análise, um efeito multiplicador da delinquência. Avançando um pouco mais no estudo de criminologia e política criminal, pode-se concluir, com apoio em Torrão (2000, pp. 115-121), que a justiça criminal consensual é reflexo de um inédito rumo político-criminal, assentado na intervenção mínima do direito punitivo. Trata-se de obter, com os novos mecanismos de solução do conflito penal, maior eficácia de todo o sistema penal e, como consequência, propiciar as finalidades de prevenção geral (vetor funcionalidade)”. Disponível em: http://www.prrj.mpf.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 21 fev. 2022.

O fato é comprovado, inclusive, quando se verifica que a barganha é tida como um dos diversos institutos inseridos no projeto do novo Código de Processo Penal. Mas não só, o consenso, inserido no Direito Processual Penal respeita o “papel de uma condenação efetiva em um ambiente em que o réu exerce voluntariamente o direito de tomar decisões autônomas de acordo com a exigência constitucional de um julgamento final”. Isto é, se o *plea bargaining* fosse classificado como um procedimento pré-processual, à letra da Constituição Federal, defenderíamos a presunção de inocência em sua formulação, por exemplo (SOUSA, 2020, p. 172).

Assim, conquanto a noção de um Processo Penal Consensual represente, em certa medida, um avanço para a obtenção de soluções mais céleres e eficientes, é de suma importância que sejam observadas as garantias e direitos fundamentais daquele que negocia com o Poder Público e, sobretudo, o respeito aos demais princípios do Direito Penal e Processual, uma vez que a Justiça Negociada não constitui um ramo autônomo e apartado.

1.2 Os espaços de consenso no direito penal brasileiro

Desde os primórdios, a delação e a colaboração foram fundamentais para exercício do poder punitivo, independentemente de quem o aplicava. No século 19, o jusfilósofo Rudolf Von Ihering, inaugurou a positivação do instituto como instrumento para se desvendar crimes para os quais o Estado, em razão da modernidade dos delitos, se mostrava impotente para tanto. Em 1853, o jurista alemão previu que os juristas iriam ocupar-se do Direito Premial, delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas sobretudo no interesse superior da coletividade (SILVA, 2012, p. 57-62).

Historicamente, embora o instituto esteja previsto na nossa legislação desde o Código Filipino, que previa o perdão aos malfeitores que entregassem outros à prisão, seguindo as ordenações do rei e combatendo o crime de Lesa Majestade, é certo que a positivação da colaboração contribuiu com inúmeros momentos notáveis de nossa trajetória enquanto Estado.

A exemplo disso, destaca-se a Conjuração Mineira de 1789, “operação” pela qual Joaquim Silvério dos Reis recebeu o perdão de suas dívidas, consideradas como crime, ao delatar seus comparsas rebeldes, entregando Joaquim José da Silva Xavier - mais conhecido como Tiradentes - ao cadafalso (SILVA, 2012, p. 57-62).

Com o Código Criminal de 1830 percebe-se que a delação saiu da cena da Justiça Penal para retornar apenas em 1990, com a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) e depois

com a Lei do Crime Organizado em 1995 (Lei nº 9.034/1995), chegando à 1998 e 1999 com as Leis de combate à Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998) e a Lei de Proteção à Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/1999) (SILVA, 2012, p. 57-62).

Neste período, resta considerada a Lei 9.099, de 1995, como marco inicial da justiça consensual no âmbito jurídico brasileiro, inaugurando um microsistema de negociação com a regulação dos Juizados Especiais Criminais, apoiada pela Constituição Federal (VASCONCELLOS, 2018, p. 99-100). A partir da regulamentação dos juizados especiais criminais, a vontade das partes passou a figurar como aspecto importante para delimitar e permear a resposta estatal em cada caso concreto (LEITE, 2013, p. 143).

Em que pese a Lei dos Juizados Especiais seja a pioneira a contornar efetivamente os pactos colaborativos em âmbito penal, não é despiciendo asseverar que o consenso aflorou no ordenamento jurídico pátrio a partir do processo civil, com os juizados especiais de pequenas causas, que visavam, em suma, garantir o acesso à justiça e administrar um mecanismo processual mais simples (LEITE, 2013, p. 143).

Porém, instituto de maior destaque para a construção do novo, e necessário, espaço consensual do Direito Processual Penal brasileiro, notadamente, foi a colaboração premiada, cujo marco legislativo é a Lei n.º 12.850/2013.

A referida lei dispõe sobre as organizações criminosas e os aspectos jurídicos que as permeiam e sobre a qual incorreram importantes modificações impostas pela Lei n.º 13.964/2019 (famigerado “Pacote Anticrime”), e que delimitaram com maior precisão o instituto da colaboração premiada.

Neste ponto, não é demais enunciar que o instituto da colaboração não possui meio somente no contexto do crime organizado ou dos juizados especiais. O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/1997), por exemplo, impôs que às infrações penais tipificadas naquela norma, fosse aplicado, subsidiariamente o disposto na Lei n.º 9.099/95. Assim sendo, resta clara a amplificação dos espaços de consenso propostos pela legislação (LEITE, 2013, p. 218).

A Lei n.º 9.605/98, mais conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, também reverencia a barganha, inclinada para a reparação dos prejuízos contra o meio ambiente, em seu texto. Nos delitos de menor potencial ofensivo, por exemplo, a transação penal precisa ser condicionada à composição civil, chegando-se, assim, a um ajuste sobre a reparação do dano (LEITE, 2013, p. 220).

Não só isso, mas a norma prevê ainda a apresentação de laudo de reparação do dano ambiental a fim de que seja determinada a extinção da punibilidade, nos casos de suspensão

condicional do processo. Isso porque a suspensão condicional do processo é aplicada aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo (LEITE, 2013, p. 220-221).

O Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.74/03), com certas especificidades, também abarca o consenso. De início, é importante pontuar que a regulamentação busca proteger a população com idade igual ou superior a sessenta anos. Sendo assim, a abrangência do instituto despenalizador em sua totalidade acabaria por conspurcar o objetivo da lei (LEITE, 2013, p. 224-226).

Não por acaso, portanto, o estatuto se divide em três modalidades: (a) as infrações de menor potencial ofensivo, em que a aplicabilidade dos benefícios do consenso são abraçadas, dado que as penas não ultrapassam o patamar de dois anos; (b) a segunda, que abrange os crimes que, embora não se enquadrem como de menor potencial ofensivo, devem ser processados de acordo com os ditames da Lei n.º 9.099/95, utilizando como argumento a urgência em punir sujeitos ativos em ilícitos contra idosos, compreendendo os delitos com pena superior a dois anos e inferior a quatro; e, por último, (c) os crimes com penalização compreendida como superior a quatro anos, que serão processados e julgados pela justiça comum (LEITE, 2013, p. 227).

Quanto à problemática da violência doméstica, sob a égide da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06), é salutar que crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher tenham sido expressamente retirados dos espaços de consenso, mesmo os que se emoldam à característica de menor potencial ofensivo (LEITE, 2013, p. 231).

Entretanto, a norma menciona, neste cenário, somente “crimes”, de modo que as contravenções penais, presume-se, continuam a ser processadas e julgadas pelos juizados especiais, ampliando-se, assim, os espaços de consenso.

No que tange à Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06), é possível observar o consenso quando se estuda o artigo 28 do diploma legal. Isto é, porte de substância entorpecente para consumo próprio. Enquanto anteriormente o delito era sancionado com penalização de seis meses a dois anos, agora, ao usuário são impostas advertências sobre os efeitos das drogas no organismo das pessoas, prestação de serviços comunitários e presença em curso educativo (LEITE, 2013, p. 234-235).

Constata-se, portanto, o propósito de aminorar o prisma punitivo em face da recuperação do dependente. Isso é possível graças ao parágrafo 1º do artigo 48 do mesmo diploma, que enuncia que são aplicáveis as regulamentações da Lei n.º 9.099/95 às ações perpetradas no artigo 28 da Lei de Drogas, lugar em que os institutos despenalizadores são aplicáveis.

Antes as hipóteses de transação penal, por exemplo, o Ministério Público é capaz de recomendar a aplicação imediata das sanções previstas no mencionado artigo 28. Denota-se, conseqüentemente, que a solução consensual, mesmo que em possibilidade reduzida, em apenas um artigo, é viável no espectro da Lei n.º 11.343/06 (LEITE, 2013, p. 235).

Abrindo-se um parêntese, o projeto do Novo Código de Processo Penal ainda pretende incorporar a barganha em seu texto, como meio ou alternativa para o rito comum. A possibilidade está no artigo 283 do projeto, que prevê expressamente a promulgação do instituto, ainda que a terminologia tenha sido adotada de maneira distinta (SOUSA, 2020, p. 169).

É dentro de tal contexto que é possível afirmar que o acordo de colaboração premiada, enquanto instituto consolidado pela Lei nº 12.850/2013, se apresenta como um paradigma ainda maior em termos epistemológicos para o ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, é apenas a partir do conhecimento da evolução histórica das negociações no âmbito da justiça penal que podemos ter um modelo não mais pautado exclusivamente na noção de antagonismo entre autor e réu, mas de partes que se unem a uma finalidade maior capaz de gerar benefícios tanto para o investigado quanto para o *Parquet*, e para a sociedade como um todo.

Acerca do tema, confere-se o voto do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, que destacou, em trecho do julgamento da Petição 7.074, a importância do referido acordo para uma mudança da mentalidade processual-penal do Brasil:

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 novo modelo está baseado não apenas na legalidade estrita, mas no princípio do devido processo consensual, que consiste, basicamente, em considerar que a autonomia da vontade é um importante aspecto da própria dignidade humana e que dela não pode ser dissociada.

Por conseguinte, deve-se primar para que seja efetivada, na maior medida possível, a criação de espaços de consenso dentro do processo penal, e cujos valores orientadores são a boa-fé objetiva, a liberdade e a eficiência (MENDONÇA, 2017, p. 64).

Isso porque, para o ideário da justiça penal negociada, não é suficiente assegurar os direitos e as garantias fundamentais do investigado, mas permitir que ele tenha efetiva participação no processo. Não se pode negar que existe um grande distanciamento prático entre

os ditames da chamada justiça penal negociada e a vertente clássica do Processo Penal que sempre foi adotada pelo Brasil. (MENDONÇA, 2017, p. 64).

O ponto é que, enquanto o sistema tradicional do processo penal se apresenta como uma relação de “ganha-perde”, em que o *Parquet* busca a condenação do réu a fim de “ganhar”, e a defesa almeje obter a absolvição visando a “derrota” do Ministério Público, o modelo negocial ora exposto, aplica uma lógica de “ganha-ganha” entre as partes (MENDONÇA, 2017, p. 62), haja vista a reciprocidade das concessões que podem ser admitidas durante a feitura do acordo.¹⁸

A perspectiva da justiça penal negociada trata de entender que a participação do réu ou investigado não é apenas uma mera etapa procedimental, mas, sobretudo, a materialização da dignidade humana por intermédio do processo, pois: “O direito fundamental à liberdade sofre indissociável apego à dignidade [...], assim, quanto maior for a proteção à dignidade, maior será a liberdade real” (POPP, 2008, p. 60), possibilitando a ascensão de um modelo jurídico mais humanitário.

Aliás, é possível constatar que houve, em sentido mais amplo, um empenho internacional visando permitir a ascensão dos acordos e afins no âmbito do Processo Penal, de modo que o Brasil apenas seguiu essa tendência moderna que se espalha cada vez mais pelos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo:

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).

Ainda no que diz respeito às diferenças entre as vertentes processuais, há de se observar que, no Processo Penal Tradicional, o grande epicentro de toda a relação processual não são as partes, e sim o magistrado, cujo papel é reconstruir a situação fática com base nos instrumentos processuais a fim de que, ao final, possa proferir sentença e resolver a lide.

Já no modelo da Justiça Penal Negociada, embora o juiz ainda desempenhe funções de extrema relevância, o réu e a acusação adquirem um maior espaço para encontrar,

¹⁸ Sobre o novo modelo de Justiça Penal: “Assim é que desponta o Direito Penal contemporâneo no cenário de um mundo sem fronteiras. Nem garantista, nem eficientista, mas integrado por ambas as vertentes em um terceiro gênero que traz o cunho da necessidade. Compreendido em sua essência, venha ou não a se estabelecer em caráter excepcional de emergência, flexibilizando mais ou menos o sistema tradicional de garantias em prol de uma segurança pública eficaz, será sempre legítimo quando efetivamente aplicado a quem dele precisa e na sua exata medida. Mais que isso é abuso; menos, impunidade – ambos, inaceitáveis.” (MENEZES, 2010, p. 47).

consensualmente, uma solução para o caso, mas sem prescindir o magistrado de sua inerente função fiscalizatória (ARANTES, 2015, p. 14).

As funções do magistrado serão exercidas de modo diferente, cabendo a ele dizer de forma impositiva o direito, incentivando o acordo, a participação e a proximidade entre os sujeitos envolvidos. Isso, além de analisar a legalidade do próprio acordo, evitando prejuízos à prestação jurisdicional, no todo (ARANTES, 2015, p. 14).

Aliás, o advento do acordo de colaboração premiada representa uma reação contra a ideologia do sistema inquisitorial (embora esta ainda se faça presente no Brasil), cujas características mais marcantes são:

[...] a concentração das três funções do processo penal — de acusar, defender e julgar — em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Alcalá-Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme, relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (*rectius*, da persecução penal) independentemente da manifestação de pessoa distinta da do juiz (*procedat iudex ex officio*); procedimento extremamente secreto e destituído do contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz-acusador e acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares, historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado, muito embora tenha havido intensa liberdade de o juiz pesquisar e introduzir outros meios de prova (PRADO, 2005, p. 149).

O novo modelo transparece que não se mostra racional sustentar um mero antagonismo de caráter maniqueísta entre autor e réu, tal como se dá no modelo clássico de Processo Penal, haja vista que o próprio investigado pode vir a se obrigar a auxiliar, através de informações ou documentos, no desmantelamento de organizações criminosas.

Nessa ótica, o órgão acusador deixa de atuar como uma figura antagônica ao réu, passando ambos a caminhar com o mesmo objetivo de angariar mais provas para a acusação e fazer jus aos benefícios pactuados.

Sobretudo, o acordo de colaboração premiada permitiu, em certa medida, excepcionar a concepção rígida que há pouco existia sobre o *nemo tenetur se detegere*¹⁹, conforme é possível perceber pela regra prevista no art. 4º da Lei nº 12.850/2013²⁰, que estipula algumas possíveis metas de resultado que podem ser atingidas durante a celebração do pacto aludido.

¹⁹ Princípio consagrado no Processo Penal brasileiro, segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar, nem produzir prova em seu desfavor.

²⁰ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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

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

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

Assim, não há dúvidas de que o acordo de colaboração premiada serve como mais um regulamento apto a instituir o paradigma da Justiça Penal Negociada no ordenamento jurídico brasileiro, revolucionando em muitos pontos ao possibilitar uma mentalidade que, até então, era inexistente.

No entanto, posto que fora exitosa a introdução do referido acordo no País, esta não foi, a bem da verdade, a primeira tentativa de se realizar um experimento jurídico e consensual no Brasil.

Isso porque, na chamada primeira dimensão²¹ da justiça penal negociada – que abarca o advento da Lei n.º 9.099/1995 –, a suspensão condicional do processo e a transação penal, conquanto visassem a aumentar a celeridade dos processos e permitir um maior espaço de negociação entre as partes, acabaram por se converter, na prática, num meio de realizar a aplicação imediata da 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).

Assim, ao invés de permitir um maior espaço de conciliação entre as partes, a crítica feita à Lei dos Juizados Especiais Criminais é de que acabou por impor a transação e o *sursis* processual como duas etapas do próprio procedimento, de modo a criar múltiplas etapas para o mecanismo, fazendo com que eles percam parte da força negocial que lhes foi planejada na origem, consoante se depreende da leitura do texto de Alexandre Wunderlich (2017, p. 20) ao criticar a primeira dimensão da justiça penal negocial:

Quem acompanhou o início da construção do primeiro espaço de consensual no processo penal no Brasil pode diagnosticar o seu fracasso no âmbito dos Juizados Especiais Criminais – afinal a justiça pena dialogal acabou como retrato de uma revolução que não deu certo, de um notável avanço que se notabilizou retrocesso, uma desburocratização que se burocratizou cada vez mais.

A Lei 9.099/1995, primeiro modelo de justiça penal negocial no País, ressalvadas as exceções absolutamente isoladas, não foi e não está sendo aplicada como foi idealizada. Em diversas investigações isoladas, não foi e não está sendo aplicada como foi idealizada.; Em diversas investigações anteriores, tive a oportunidade de tratar do

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.

²¹ Miguel Reale Júnior, explica que o Brasil experimentou duas diferentes dimensões de soluções penais negociadas: (a) a justiça negocial de *primeira dimensão*, no caso das infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e (b) a justiça negocial de *segunda dimensão*, com as infrações de maior complexidade (Lei 12.850/13).

assunto, principalmente a partir dos estudos produzidos por Miguel Reale Júnior, Salo de Carvalho, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, Geraldo Pado e Nereu Giacomolli, que pioneiramente atentaram para os problemas do modelo implementado e revelaram uma séria de violações a franquias constitucionais.

O retrato de justiça penal negocial nas infrações de menor potencialidade, só para exemplificar, é o de conciliações impostas às partes propostas de transação penal quando não há justa causa para a denúncia ou de queixa-crime, oferecimentos de transação penal sem qualquer individualização ou obediência à realidade socio-econômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas de forma coletiva ou sem a presença de advogado, ou da vítima, ou do representante do Ministério Público e até do Juiz (WUNDERLICH, 2017, p. 20).

Sem contar que, na prática, a transação penal costuma ser realizada sem a devida adequação da pena às características individuais do autor do fato, além de cercear outros direitos básicos do sujeito, como realizar a transação sem a devida justa causa (WUNDERLICH, 2004, p. 233).

Noutro giro, já em uma segunda dimensão, o acordo de colaboração premiada surge no Brasil “[...] num segundo momento de construção de espaço consensual no processo penal, uma fase de intensa investida dos órgãos de controle do Estado contra práticas de corrupção sistêmica perpetradas por políticos e suas organizações criminosas” (WUNDERLICH, 2017, p. 20)

Seguiu, assim, uma dinâmica completamente distinta, uma vez que se insere na ideia de permitir uma efetiva negociação entre as partes em prol da realização de um bem muito maior: o desmantelamento das organizações criminosas e a segurança da sociedade.

Justamente por isso, não é incomum vislumbrar na doutrina menções ao fato de que o referido acordo inaugurou a segunda fase da Justiça Penal Negociada no ordenamento jurídico brasileiro, consolidando-o, aliás, como um instrumento para combater crimes mais complexos, alcançando a criminalidade empresarial e econômica.

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).

Não obstante os benefícios do acordo de colaboração premiada, não se pode deixar de alertar para seus riscos. Isso porque, embora o referido acordo tenha sido inspirado em institutos análogos ao *plea bargaining*, há de se ter em vista que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma matriz epistemológica que não é totalmente compatível com o sistema acusatório²².

²² “O modelo processual penal brasileiro mantém firmes traços do autoritarismo de perfil inquisitivo, gestado na época fascista e de exceção do Estado de Direito, que deixou a sua marca ainda bastante presente em nossa

Historicamente, houve uma predominância do modelo inquisitório e, inclusive, na atualidade, é possível encontrar vários de seus resquícios no Direito Penal e Processual Penal do Brasil (LOPES JUNIOR, 2020, p. 49) tanto nas leis quanto na jurisprudência, evidenciando que o negócio jurídico-processual aludido está sujeito a sofrer distorções pelo sistema inquisitorial. Seria ingênuo, portanto, pensar que o advento do referido acordo tornaria o sistema brasileiro totalmente acusatório.

Sem embargo, o tema acerca dos riscos da colaboração premiada no Brasil será tratado doravante nos capítulos posteriores. O ponto fundamental que se deve ter em mente é que o ato de “importar” um instituto de outro país, ou criar um sob sua inspiração, exige um grande esforço do intérprete (SILVA, 2019, p. 208), tendo em vista os possíveis conflitos que podem surgir com outras normas existentes no ordenamento.

A matriz inquisitorial brasileira faz com que o Ministério Público, por vezes, utilize o instituto da prisão preventiva como meio de coagir o investigado a celebrar o acordo – o que representa uma grave distorção dos aspectos atrelados ao referido negócio jurídico processual. De todo modo, é certo que a introdução do paradigma da justiça penal negociada induz mudanças na leitura de institutos já existentes no ordenamento.

No Brasil, por exemplo, houve uma precedência histórica do princípio da obrigatoriedade da ação penal e, pelo menos num primeiro momento, pareceu haver certo conflito com o ideário da colaboração premiada, visto que esta permite um maior espaço de consenso entre o Ministério Público e o investigado, que se encontra em situação processual oposta²³.

Isto de modo a contribuir para a mudança não apenas da atuação do Poder Judiciário, como também nos significados dos princípios e institutos até então existentes, que agora podem ser iluminados sob a luz do paradigma da Justiça Penal Negociada, permitindo, sobretudo, vislumbrar uma nova relação entre a obrigatoriedade e a oportunidade da ação penal:

Em concordância com tais significados assumidos, a justiça criminal negocial relaciona-se diretamente com as ideias de obrigatoriedade e oportunidade da ação penal, visto que se instrumentaliza por meio de espaços de oportunidade no processo. Entretanto, diferencia-se de mecanismos puros de oportunidade, que permitiriam a não persecução penal de delitos em casos específicos, sem a imposição de qualquer sanção ou consequência penal. Além disso, nos mecanismos negociais ocorre a participação de ambas as partes do processo penal (acusação e defesa): “há uma manifestação volitiva, com o mesmo sentido e finalidade, dos dois polos processuais”.

legislação” (WUNDERLICH, Alexandre. *Colaboração Premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos* In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz e Assis Moura, Mara Thereza. *Colaboração Premiada*. 1ª edição: 2001, p. 19)

²³ “[...] 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).

Por sua vez, critérios de oportunidade, como possibilidade de não persecução penal, podem ser realizados em decisões exclusivas do órgão acusador (VASCONCELLOS, 2020, p. 21).

No geral, grande parte das críticas são movidas contra o modelo da Justiça Penal Negociada parte do pressuposto de que o interesse público não admite transação²⁴.

Entretanto, uma análise mais acurada revela que se trata de um argumento que não se mostra acertado, pois a indisponibilidade que é característica do Direito Penal não implica na impossibilidade de se transacionar acerca de seu conteúdo (CABRAL, 2016, p. 165).

Ora, a indisponibilidade de um direito não se confunde com a impossibilidade de sua negociação. Se assim o fosse, inexistiria transação em sede do Direito do Trabalho, ou ainda, no Processo Civil, a mediação que verse sobre direitos indisponíveis não seria autorizada pela Lei n.º 13.140/2015²⁵.

Logo, deve-se afastar do imaginário coletivo a ideia de que a Justiça Penal Negociada pretende promover a “privatização”, ou mesmo a relativização, do interesse público e da defesa da sociedade, porquanto o intuito é justamente o fortalecimento de sistema baseado no consenso, visando a se permitir uma maior efetividade pelo Direito Penal (MENDONÇA, 2017, p. 68) em cumprir com seus objetivos.

A própria ideia por trás da colaboração premiada possui um viés pragmático e mostra que seu surgimento está atrelado a uma crise que há muito é vivenciada pela pena privativa de liberdade e pelos postulados mais clássicos do Direito Penal e do Processo Penal ante a complexa realidade brasileira. Neste sentido:

Os acordos de colaboração premiada, neste sentido, evidenciam o desgaste das Teorias Clássicas da Função da Pena. Inicialmente, concebeu-se a pena para reprimir a incidência do ilícito, sob a inspiração dos filósofos Immanuel Kant e G. W. F. Hegel.

²⁴ “Diante da semelhança do acordo de não persecução penal com o instituto da transação penal previsto no art. 76, da Lei nº 9.099/199520, no qual há igualmente a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, na medida em que permite ao Ministério Público, ainda que dispondo de indícios da autoria e prova de uma infração penal, abrir mão da peça acusatória, transacionando com o autor do fato, é possível estender o entendimento já firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 468.161-721, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence ao acordo de não persecução penal. Ao apreciar recurso pretendendo o reconhecimento da legitimidade exclusiva do Ministério Público para a propositura da transação penal e da suspensão condicional do processo, o Tribunal asseverou que ambos os institutos pressupõem um acordo entre as partes, sendo a iniciativa exclusiva do Ministério Público por ser o titular da ação penal pública. Reconheceu em seguida que a transação penal não representa um direito público subjetivo do autor do fato, mas um ato transacional, no qual o Ministério Público transige quando deixa de oferecer denúncia e o autor do fato quando aceita o cumprimento das condições da transação penal para a obtenção da extinção da punibilidade.” Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Ludmilla_de_Carvalho_Mota.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

²⁵ Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

No entanto, historicamente, a prática revelou que as penas assumiram uma feição tão somente simbólica, já que, conquanto buscassem a retribuição do mal causado, havia grande descompasso em prevenir a ocorrência dos crimes – inexistindo, quanto a tal aspecto, o propósito sério em desenvolver uma política criminal efetiva.

[...]

Tal desiderato, entretanto, mostrou-se inatingível no cenário brasileiro atual. O Conselho Nacional de Justiça estipulou que a taxa de reincidência criminal dos maiores de dezoito anos até 2019 era, em média, de 42%. Não obstante, em alguns Estados da Federação, como o Espírito Santo, o mesmo índice pode chegar a 75%, o que demonstra claramente a ineficiência das instituições carcerárias em atingir seus objetivos declarados (REIS; DIAS; CUNHA, 2020, p. 334).

Porém, ainda que se busque enfrentar os problemas do modelo anterior, não se pode perder de vista que o exercício da vontade pelas partes não pode ser absoluto e irrestrito no âmbito do acordo de colaboração premiada, pois sempre se mostra necessário realizar uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico.

Parte da doutrina, por exemplo, entende que não é possível que o Ministério Público e o investigado pactuem reduções de pena que se situem além daquelas previstas expressamente pela lei, sob pena de vilipendiar o princípio da legalidade e subverter todo o ordenamento jurídico:

Embora crescente o excepcionamento à obrigatoriedade, não se pode permitir excepcionamento à lei como limite da persecução criminal. A pena na colaboração premiada vem como favor judicial na Lei da Criminalidade Organizada (“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes (...)), em obediência ao princípio da jurisdicionalidade, onde se compreende que apenas ao juiz é dado dosar e fixar a pena do condenado. Não deixou essa lei de estabelecer os limites de favores de pena, restritivamente indicados como sendo o perdão judicial, a redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos. Apenas nesse limite está contida a negociação da colaboração premiada. Nem o juiz e menos ainda o Ministério Público poderão criar penas diferenciadas dos favores legais (CORDEIRO, 2020, p. 62-63).

Também há muita polêmica acerca da possibilidade de transação do produto do ilícito em sede do acordo de colaboração premiada. Tanto que a controvérsia também esteve presente no julgamento do HC alvo da presente dissertação como citado também por Valdez Pereira²⁶. Porém o referido ponto será aprofundado em capítulo específico, uma vez que se trata de temática central do presente trabalho.

A autonomia da vontade, além de ser o cerne do acordo de colaboração premiada, é igualmente a maior fonte de todas as controvérsias que permeiam tal instituto, porquanto os grandes debates realizados sobre o referido negócio jurídico processual costumam girar em torno de seus limites e amplitudes normativas.

²⁶ Em sua obra “Delação Premiada, Legitimidade e Procedimento” o autor Frederico Valdez Pereira menciona a possibilidade de o agente permanecer com determinados bens ou valores provenientes do delito, fazendo referência ao HC em estudo no presente trabalho, como sendo medida concordante à razão do legislador, e que poderia ser uma contrapartida, ao próprio Estado.

Tais controvérsias jurídicas, no entanto, serão objeto de estudo aprofundado, mais adiante. Por ora, convém salientar que a Justiça Penal Negociada, enquanto alternativa mais eficaz para promover o desmantelamento das organizações criminosas, pode ser concebida no Direito Brasileiro como uma espécie de terceira via (SILVA, 2017, p. 295) ao permitir que, além da prevenção e da repreensão do ilícito, a reparação dos danos provocados também seja um dos objetivos que devem guiar a aplicação da pena, e não a mera segregação dos responsáveis pelo crime por um determinado período.

Até porque a pena privativa de liberdade se encontra em crise desde sua implementação no mundo como mecanismo padrão de punir os criminosos contra os ilícitos perpetrados:

Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. À crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade — absoluta ou relativa — de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, 2011, p.162).

A Justiça Penal Negociada surge, portanto, num contexto de exaurimento da pena privativa de liberdade, em que tal sanção se tornou despida de qualquer tipo de objetivo político-criminal bem definido; convertendo-se tão somente num mecanismo para gerar dor e aflição (ZAFFARONI, 1991, p. 12-13).

O paradigma do Processo Penal Consensual, posto que recente e em gradual desenvolvimento, assume a importante diretriz de promover uma racionalização da Justiça Criminal como alternativa às demais fórmulas vigentes que utilizam o processo penal tradicional.

Não por acaso, Rosemeire Ventura Leite, na obra “Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal” empregou o termo “consenso como alternativa ao rito”, destacando que é “cabível a criação de um procedimento abreviado, alternativo ao rito ordinário e fundado no consenso entre o ministério público e o acusado” (LEITE, 2013, p. 292-295).

Com base nos desdobramentos de tal paradigma, diversos setores da Justiça Criminal, paulatinamente, implementaram variados mecanismos de justiça penal negociada, os quais apesar de não constituírem um todo unitário e completamente orgânico, acabam por integrar

um verdadeiro microsistema da colaboração premiada, sanando diversas lacunas existentes, já que nem todos os institutos positivados receberam o devido detalhamento legislativo.

1.3 O microsistema da colaboração premiada

Não é segredo que a persecução penal atua como braço do Estado contra a vingança privada, servindo como instrumento hábil para perquirir a justiça e satisfação social (CORDEIRO, 2020, p. 03).

Contudo, o enorme volume processual, a lentidão, explosão de casos e burocracia de julgamentos acabaram por prejudicar a eficiência estatal para tanto (SOUSA, 2020, p. 37-44). A partir de então, a justiça colaborativa surge como uma expectativa de alternativa ao rito ordinário criminal, diminuindo o volume processual das Varas e Turmas.

Além de contribuir para que o acusado revele sua culpa e auxilie o Estado na investigação de corrêus, tem como escopo recuperar o produto do crime e evitar futuros delitos. O réu então muda de lado e passa a real colaborador da acusação e protetor da sociedade, visando benefícios na pena (CORDEIRO, 2020, p. 03).

Não é despendendo ressaltar que a Justiça Consensual Penal, como conhecemos, surgiu a partir da implementação dos juizados especiais de pequenas causas, importando o que já era utilizado na Europa e em outros países da América Latina. A partir da Lei n.º 9.099/95, os juizados especiais criminais passaram a configurar importante alternativa para a ampliação dos espaços de consenso no ordenamento jurídico pátrio (LEITE, 2013, p. 143).

Primeiramente, com a edição da Lei n.º 7.244/84, os juizados especiais cíveis ganharam especial contorno. O objetivo era garantir acesso à justiça e simplificar as técnicas processuais, utilizando a autocomposição como ferramenta para dirimir as lides (LEITE, 2013, p. 143).

Os obstáculos absorvidos para lograr êxito do acesso à justiça, além do alto custo para tanto, concomitantes à burocracia do ordenamento jurídico (WUNDERLICH, 2017, p. 20), foram fatores causadores do desequilíbrio social, que garantiram a existência dos juizados (LEITE, 2013, p. 143).

Isso porque, muito embora o objetivo das ações penais seja aplicar sanções penais, promovendo a “paridade de armas entre acusação e defesa”, no Brasil, este propósito não é tão fácil quanto parece na teoria. No País, os processos criminais tendem a durar mais de dez anos para atingir sua finalização, demorando mais do que o que se observa no sistema criminal norte-americano (SOUSA, 2020, p. 37).

Mas não só. Apenas considerando o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de janeiro a novembro de 2016, mesmo com os juízes federais decidindo cerca de 23 mil casos nesse período de onze meses, o volume de processos continuou praticamente igual (foi de 39.915 para 38.395), dado que, durante o ano, foram incorporados quase 24 mil novos autos. A problemática evidencia o nível de sobrecarga da justiça criminal nacional (SOUSA, 2020, p. 42).

A burocracia, por fim, colabora com o abarrotamento e falta de conclusão processual, indo ao encontro de uma legislação antiga e complexa demais. Para se ter uma ideia, o Código Processual Penal em vigor até hoje é datado de 1941, elaborado durante o governo solidário ao fascismo de Vargas (SOUSA, 2020, p. 42).

Os juizados especiais, portanto, surgem com a finalidade, dentre outras, de reparar a credibilidade da justiça, efetivando a solução de “pequenas controvérsias”. Neste esteio, as soluções pautadas em ajustes figuraram como de grande valia para incrementar a celeridade em um dos setores mais morosos da sociedade, tal qual já ocorria há tempos em outros países. Este rito adaptado, conseqüentemente, ajudou a contemplar a colaboração premiada como um instrumento processual alternativo ao rito ordinário (LEITE, 2013, p. 147-148).

Até mesmo porque, como bem aduziu Nefi Cordeiro, em sua obra “Colaboração Premiada: Caracteres, Limites e Controles”, “não há como negar que é entre os criminosos que mais se conhecerá do crime investigado – eficiência máxima” (CORDEIRO, 2020, p. 03).

Neste espectro, percebe-se que a colaboração premiada está presente na legislação pátria há algum tempo, desde as Ordenações Filipinas²⁷. Para outros delitos, a conjectura se dava no Título CXVI, que previa: “Como se perdoará os malfeitores que derem outros à prisão”²⁸. Aqui, o perdão era conferido até mesmo em relação a crimes graves, como, por exemplo, homicídio e roubo, em hipótese de que o acusado entregasse os demais participantes do ilícito (CORDEIRO, 2020, p. 03).

Em adendo, a legislação favorecia o réu, até mesmo, com recompensa, quando este delatasse um “salteador de caminhos”. Naquele tempo, a regulamentação não contava com qualquer regramento, tais quais o sigilo, forma especificada de processamento, necessidade de resultados ou recompensa específica e delimitada (CORDEIRO, 2020, p. 03-04).

Chegando na contemporaneidade, a Lei n.º 12.850/2013 representa um marco legislativo para o instituto do acordo de colaboração premiada, porquanto dispõe de seus mais diversos aspectos e requisitos de aplicação.

²⁷ Do Crime de Lesa Magestade. 12. E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, ele o descobrir, merece perdão...

²⁸ Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1272.htm>. Acesso em: 07 mar. 2022.

Contudo, o referido diploma não é o único conjunto normativo responsável pela regulamentação deste negócio jurídico processual, dado que existem diversas outras normas presentes nas legislações esparsas que também buscam dispor sobre os limites e benefícios possíveis ao colaborador/delator.

Em certa medida, é possível conceber uma espécie de microsistema da colaboração premiada no qual gravitam, ao redor da Lei n.º 12.850/2013, diversos diplomas legais importantes para a compreensão do instituto, embora nem sempre convirjam no que tange aos benefícios que são oferecidos ao investigado em prol de cooperar com a persecução penal. Neste sentido:

Diante da insuficiência dos demais diplomas legais, a doutrina afirma majoritariamente a aplicabilidade, por analogia, do regime procedimental da Lei 12.850/13 a todos os casos em que se realize uma delação, a partir de qualquer dos regimes materiais previstos no ordenamento brasileiro. Nas palavras de Valdez Pereira: “(...) não é apenas admissível, tendo em conta a analogia, mas plenamente recomendável que se apliquem as regras procedimentais disciplinadas na Lei das Organizações Criminosas a todas as hipóteses de utilização do instrumento premial no ordenamento jurídico penal brasileiro”. Essa aplicação geral do procedimento previsto na Lei 12.850/13 deve se dar, inclusive, retroativamente, para casos ocorridos, processos iniciados ou colaborações negociadas antes da sua vigência. Nesse sentido, ao determinar a publicidade de acordos de colaboração firmados em momento anterior à vigência da Lei 12.850/13, o STJ impôs o afastamento do sigilo nos processos em curso. Afirmou-se que “não há óbice a que a parte material da Lei 12.850/2013 seja aplicada somente ao processo de crimes cometidos após a sua entrada em vigência e a parte processual siga a regra da aplicação imediata prevista no Código de Processo Penal”; referindo-se aos delitos nela tipificados como “parte material” (VASCONCELLOS, 2020, p. 84-85).

Antes da positivação da atual matriz do acordo de colaboração premiada, desde outrora, a Lei n.º 8.072/1990 (“Lei de Crimes Hediondos”) elencou a possibilidade de delação aos crimes considerados hediondos e, em especial, ao crime de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159 do Código Penal²⁹. Esta, inclusive, foi a legislação que fez ressurgir a delação no ordenamento jurídico brasileiro (CORDEIRO, 2020, p. 05).

²⁹ Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha.

Pena - reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

No parágrafo único do art. 8º da Lei n.º 8.072/1990³⁰, consolidou-se norma segundo a qual poderia obter o benefício de um a dois terços de diminuição de pena caso contribuisse o investigado para dismantelar o bando ou quadrilha, sendo, este, o único resultado útil da colaboração (CORDEIRO, 2020, p. 05).

Tendo em vista a necessidade de dismantelamento da quadrilha, mostra-se presente a regra da utilidade que compõe atualmente a Lei n.º 12.850/2013, uma vez que o mencionado dismantelamento (resultado útil) é requisito para a concessão das sanções premiaias pela Lei dos Crimes Hediondos, não sendo suficiente a boa intenção do colaborador.

Entretanto, havendo a finalização da quadrilha, mesmo que mais por eficiência estatal do que por auxílio do colaborador, é fato que o efeito se deu como o esperado, merecendo, o sujeito colaborativo, a minorante (CORDEIRO, 2020, p. 05).

Disposição semelhante foi positivada no § 4º no art. 159 do Código Penal³¹, que confere diminuição de um a dois terços caso o denunciante facilite a libertação do sequestrado no contexto da extorsão mediante sequestro (CORDEIRO, 2020, p. 05-06).

Posteriormente, sob o ideário de arrefecer a chamada criminalidade de colarinho branco, advieram os seguintes diplomas normativos: Lei n.º 8.137/1990 (“Lei de Crimes Tributários e Econômicos”) e a Lei n.º 7.492/1986 (“Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional”), os quais, em apertadíssima síntese, visam a exercer o combate contra a ocorrência de delitos tributários e financeiros que venham a prejudicar o povo, a economia, e o Sistema Financeiro Nacional como um todo (CORDEIRO, 2020, p. 07).

Devido aos esquemas engenhosos utilizados pelos criminosos no âmbito do mercado financeiro, foi previsto pela lei um mecanismo processual de delação premiada a fim de facilitar a persecução penal (CORDEIRO, 2020, p. 07).

Com efeito, ambos os diplomas normativos preveem a possibilidade de diminuição de pena de um terço a dois terços ao investigado que revelar a denominada “trama delituosa”, de modo que os dois diplomas normativos se utilizam basicamente da mesma redação para prever as sanções premiaias³² (CORDEIRO, 2020, p. 07).

³⁰ Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu dismantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

³¹ § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

³² Lei n.º 8.137/90:

Art. 16, parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Lei n.º 7.492/86:

Por conseguinte, a Lei de Lavagem de Capitais (n.º 9.613/98) traz uma inovação: é a primeira que permite não somente a minoração da pena, mas o perdão judicial³³. A norma prevê, ademais, a possibilidade de substituição do regime penal por outro mais brando – desde o início do cumprimento da pena – e modificação da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, em situações que, anteriormente, não seriam substituídas, pois se trata de obrigações pactuadas com o colaborador (CORDEIRO, 2020, p. 08).

Para tanto, é exigido do agente colaborador que a apuração dos delitos e a localização do patrimônio alvo da lavagem de capitais ocorram por conta da revelação do delator. Os atos iniciais do indivíduo também podem ser premiados por “esclarecimentos que conduzam à apuração” (CORDEIRO, 2020, p. 08).

Interessante observar que a imposição da localização do patrimônio objeto do crime figurou como revolução na legislação, dado que anteriormente havia delação apenas por revelações dos ilícitos praticados pelos corrêus ou “salvamento da vítima” (CORDEIRO, 2020, p. 09).

Quase no início do novo milênio, surgiu a Lei n.º 9.807/1999 (“Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas”), a qual se distinguiu das legislações anteriores por não prever a aplicação da colaboração premiada especificamente a um tipo de delito (v.g., lavagem de dinheiro), abarcando, pois, os tipos penais de maneira mais ampla. Seus benefícios variam desde o perdão judicial à diminuição de um terço a dois terços do *quantum* da pena³⁴ (CORDEIRO, 2020, p. 09).

Art. 25, § 2º. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

³³ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

³⁴ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
 II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
 III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

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

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

A norma previu, ainda, uma série de requisitos, tais quais: (i) identificação dos outros autores ou partícipes; (ii) a localização da vítima com sua integridade física preservada; (iii) e a recuperação total ou parcial do produto do crime (CORDEIRO, 2020, p. 09).

Neste sentido, a Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas demonstrou expressamente o anseio do legislador em reparar os ilícitos praticados como um dos requisitos necessários para conceder o perdão judicial, atendidas as outras condições (CORDEIRO, 2020, p. 09).

O princípio da utilidade é fortemente analisado neste momento. Assim sendo, a delação é útil para o conhecimento da autoria, para a localização da vítima em sua plenitude e/ou para o descobrimento do produto do crime (CORDEIRO, 2020, p. 10). Até mesmo porque Bentham, o criador da teoria da utilidade, estabelece que a utilidade é a tendência humana de se obter um bem (SOUSA, 2020, p. 102).

De modo interessante, a revogada Lei de Drogas (Lei n.º 10.409/2002) possuía alguns mecanismos de colaboração com o investigado a fim de obter informações úteis ao deslinde do feito em troca de que o investigado se dispusesse a auxiliar na persecução penal³⁵.

Os benefícios previstos, entretanto, não inovaram em relação às leis dantes já existentes, mas tão somente acompanharam a tendência de conceder vantagens àqueles que colaboram com o Poder Público a fim de arrefecer a prática delitativa de outros infratores (CORDEIRO, 2020, p. 11).

Aqui, a colaboração é tida tão somente como minorante da pena, sem que haja negociação ministerial e resultados mais amplos, como o perdão judicial. Pela norma, é exigido que o delator enumere os integrantes e a recuperação, total ou parcial, do produto do ilícito (CORDEIRO, 2020, p. 11).

Abrindo-se um parêntese, é sabido que os delatores de crimes de drogas precisam ser verdadeiramente protegidos, ante à possibilidade de serem alvos de represálias por parte dos demais integrantes do grupo criminoso. Neste caso, a Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas regula o auxílio a estes indivíduos.

³⁵ Art. 32. (Vetado.)

[...]

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

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

A Lei n.º 11.343/2006, configura como o último marco da colaboração premiada até a edição da Lei de Criminalidade Organizada (Lei n.º 12.850/13) (CORDEIRO, 2020, p. 11). Inclusive, a apelidada Lei de Drogas trouxe consigo também uma sanção premial àquele que delatasse a fim de ajudar na investigação dos outros coautores, porém se concede tão somente uma minorante de um a dois terços de diminuição de pena³⁶.

Trata-se do reflexo da política criminal de combate às drogas que guiou a edição da citada lei, e que tendeu, naturalmente, a buscar condições menos benéficas ao colaborador. De toda maneira, é mais um exemplo de marco integrante do microsistema da colaboração premiada (CORDEIRO, 2020, p. 11).

Não se pode olvidar a antiga Lei das Organizações Criminosas, que entrou em vigor como Lei n.º 9.034/1995, apesar de não regulamentar de maneira tão minuciosa o instituto da colaboração premiada, também previa a concessão de sanções premiaias aos colaboradores que, espontaneamente, buscassem esclarecer a autoria e a materialidade dos delitos investigados.³⁷ (CORDEIRO, 2020, p. 06).

Muito embora as normas antecedentes não tenham apresentado a devida regulamentação, deixando de detalhar o procedimento específico para os acordos de colaboração, a Lei da Criminalidade Organizada ampliou as possibilidades de negociação estatal, inovando ao criar o procedimento da colaboração (CORDEIRO, 2020, p. 44).

Naquele sistema, exigia-se o cumprimento de dois objetivos básicos: relevar quem ou quais eram os autores do delito, bem como que pormenorizasse ao máximo possível os ilícitos penais praticados e, caso lograsse êxito, poderia obter uma redução de pena de um terço a dois terços (CORDEIRO, 2020, p. 06).

Contudo, não seria suficiente revelar só os crimes, nem tampouco apenas a autoria. Mostrava-se de nevrálgica importância fornecer todos os elementos necessários para se estabelecer um nexo causal entre a conduta e seu autor (CORDEIRO, 2020, p. 06).

Outro traço importante da antiga Lei das Organizações Criminosas é a presença do adjetivo “espontânea” que acompanha o substantivo “colaboração”, ao passo que, atualmente, um dos mais importantes e centrais requisitos do acordo de colaboração premiada é justamente a voluntariedade, que é a grande base de todo e qualquer tipo de acordo celebrado entre as partes (MENDES; BARBOSA; 2016, p. 77).

³⁶ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

³⁷ Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Nota-se que a legislação atual foi mais precisa nesse sentido, pois o termo “espontaneidade” está muito mais atrelado a uma “boa vontade” em fazer o acordo, enquanto, na prática, basta a manifestação inequívoca da intenção de celebrá-lo para que se proceda à sua feitura, ainda que o investigado não esteja genuinamente feliz com a opção (CORDEIRO, 2020, p. 07).

A bem da verdade, trata-se de benefício cuja concessão é menos rígida que aquelas previstas nas leis anteriores:

O resultado exigido é alternativamente a apuração das infrações penais e sua autoria, ou a localização do patrimônio do crime de lavagem de capitais, seja pela revelação direta do colaborador, seja por auxílio seu às investigações. O intento legal é facilitar a descoberta da lavagem de dinheiro, com a indicação por corréu de detalhes do crime ocorrido, do modo de sua realização, da estrutura bancária ou comercial para o escondimento do dinheiro, das circunstâncias em que ocorreu o branqueamento e das pessoas nele envolvidas. A hipótese de obtenção do resultado por “esclarecimentos que conduzam à apuração” acaba por premiar o colaborador por atos iniciais, já que a apuração dependerá da eficiência estatal (CORDEIRO, 2020, p. 8).

Justifica-se a concessão dos benefícios aludidos porque os mecanismos utilizados para lavar dinheiro são, em muitos dos casos, bastante rebuscados, de modo que as informações fornecidas pelo colaborador durante a feitura do acordo assumem crucial importância para a continuidade da persecução penal (CORDEIRO, 2020, p. 76-77). Todavia, ainda assim, é necessário que os depoimentos do investigado efetivamente conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria, auxiliando a localizar bens e afins (CORDEIRO, 2020, p. 13).

Desta feita, é possível observar que, historicamente, diversas leis esparsas dispuseram sobre o referido acordo, conquanto nem sempre se valessem das mesmas sanções premiaias e dos mesmos requisitos para obtê-las; compondo, assim, uma espécie de microssistema do acordo de colaboração premiada.

Muito embora não haja disposição legal no sentido de que os benefícios de uma determinada lei específica possam ser usados num outro caso não abarcado por ela, é inevitável deixar de comparar as legislações percebendo, sobretudo, que há uma certa uniformidade. Trata-se, até mesmo, de um reflexo da Teoria do Diálogo das Fontes³⁸:

Tal ‘Diálogo’ surge com o objetivo de fornecer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar o conflito entre as leis de um mesmo ordenamento, ultrapassando os critérios tradicionais de solução de antinomias, sendo plenamente possível de utilização no âmbito penal (muito embora no Brasil só se tenha notícias de sua utilização no âmbito do direito privado). O diálogo das fontes ampara o

³⁸ A teoria do Diálogo das Fontes foi concebida em 1995, por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg na Alemanha, visando estabelecer a necessidade de um diálogo entre fontes heterogêneas para a solução dos conflitos de leis, em que todas as fontes não mais se excluem mutuamente, dialogando e buscando, portanto, a mais eficaz resolução no caso concreto, com base na interação das diferentes fontes analisadas.

entendimento no sentido que quando duas regras de diferentes ramos no direito regem o mesmo fato, haverá possibilidades de o juiz, por meio de seu papel consolidador do sistema, escolher por aquela que mais ampara os direitos fundamentais, ainda que configure norma de natureza geral diante de norma de natureza especial. Assim sendo, as normas de delação premiada devem complementar-se umas às outras, no que lhes forem compatíveis, mantendo-se um diálogo sistemático de coerência, ou seja, é necessário que essa complementação se dê de forma coerente com o sistema em que cada uma se encontra inserida (SILVA, 2010, p. 76).

Poder-se-ia concluir, desta feita, que os benefícios integrantes do microsistema de colaboração premiada são os seguintes:

(i) causa de diminuição de pena até dois terços; (ii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; (iii) regime inicial mais favorável (aberto ou semiaberto), embora não preenchidas as condições legais para tais regimes; (iv) progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos; (v) perdão judicial; (vi) imunidade em situações mais restritas (MENDONÇA, 2017, p. 76).

Percebe-se que a legislação pátria possui diversos regramentos que convergem para a possibilidade da colaboração premiada. Estes, portanto, são o microsistema da colaboração premiada, pautada na proteção simultânea dos regramentos jurisdicionais em prol da elucidação e da conclusão de cada crime (CORDEIRO, 2020, p. 12).

Para tanto, é essencial que sejam preenchidos os requisitos da legislação, a fim de que a legalidade e a eficácia não sejam impedimentos para a formalização do ajuste (CORDEIRO, 2020, p. 12). Para que se perceba os requisitos, insere-se tabela explicativa a seguir:

	FAVOR LEGAL	REQUISITOS ESPECIAIS	RESULTADOS DE EFICÁCIA
HEDIONDOS	Minorante (1/3 e 2/3).	Associado ao grupo criminoso.	Desmantelamento do grupo criminoso.
EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO	Minorante (1/3 e 2/3).	Coautor do grupo criminoso; ou, após a Lei n.º 9.269/96, concorrente ao crime.	Libertação da vítima.
CRIME ORGANIZADO	Minorante (1/3 e 2/3).	-	Esclarecimentos sobre os crimes e autoria.
LAVAGEM DE CAPITAIS	<ul style="list-style-type: none"> • Minorante de 1/3 a 2/3 em regime aberto; • Substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos; ou • Perdão judicial. 	Seja autor, coautor ou partícipe.	Auxiliar: <ul style="list-style-type: none"> • Na apuração das infrações e autoria; e • Localização do patrimônio objeto do crime.
CRIMES TRIBUTÁRIOS E FINANCEIROS	Minorante (1/3 e 2/3).	Seja autor, coautor ou partícipe.	Elucidação da cadeia de crimes.
	<ul style="list-style-type: none"> • Minorante (1/3 e 2/3); ou • Perdão judicial. 	Sejam favoráveis as circunstâncias do agente criminoso.	<ul style="list-style-type: none"> • Identificação dos autores do(s) crime(s);

LEI DE PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS			<ul style="list-style-type: none"> • Salvamento da vítima com integridade física preservada e viva; • Recuperação do produto do crime.
LEI DE DROGAS	Minorante (1/3 e 2/3).	-	<ul style="list-style-type: none"> • Identificação dos integrantes do grupo criminoso; e • Recuperação do produto do crime.

Fonte: Colaboração Premiada: Caracteres, Limites e Controles / Nefi Cordeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Fls. 12-13.

Ponto em comum, em todas as legislações demonstradas supracitadas, é a necessidade de espontaneidade e voluntariedade do agente colaborador.

Para mais, o delator não é premiado pelo “valor moral de arrependimento” ou “regeneração de sua conduta”. Ainda, a culpabilidade do indivíduo não diminui, dado que o crime já está consumado e a delação não valora, em menor gravidade, a conduta criminosa. O que se faz, em verdade, é incentivar a colaboração com o Estado-persecutor, por meio de um benefício (CORDEIRO, 2020, p. 13).

Quanto ao momento da decisão, nenhuma regulamentação supramencionada crava o tempo ideal, podendo, a delação, ser feita em qualquer período da persecução criminal, sem esquecer o princípio da utilidade quanto à necessidade da colaboração naquele momento em específico: “enquanto útil e aproveitada a delação ao resultado de eficácia típico, incidirá o favor legal [...]” (CORDEIRO, 2020, p. 14).

As normas também não prenunciam pela obrigatoriedade de provocação ou pela possibilidade de intervenção das partes na colaboração, o que era previsto somente na já revogada Lei de Tóxicos (n.º 10.409/02). Entretanto, é entendimento de que a delação compreende um direito subjetivo do agente. Tão logo, quando satisfeitos os requisitos legais, o magistrado possui o dever de aplicá-lo (CORDEIRO, 2020, p. 14).

No mais, o benefício concedido ao agente advém de critérios de eficácia determinados pelo legislador. Deste modo, quanto mais contribui, maior é o favorecimento da situação do acusado.

O consenso penal evita o enfrentamento, pelo ofendido, do tortuoso caminho das instâncias formais de reação ao crime; agiliza a resposta do Estado ao comportamento delitivo, e facilita a reparação do dano e até a reconstrução de laços afetados pela prática infracional (SILVA, 2020, p. 10).

Ao lado dos pontos positivos referenciados, muito embora o instituto constitua avanço quando se fala na celeridade que proporciona, é fato que a justiça consensual apresenta imprecisões e lacunas, de modo que se faz forçoso que a doutrina e a jurisprudência se movam a fim de buscar uma maior delimitação e delimitação da colaboração premiada (PEREIRA, 2019, p. 132-133).

Não só. Há quem entenda que as garantias fundamentais, já mencionadas anteriormente, tidas como basilares para o exercício do direito pátrio, acabam conspurcadas pela aplicabilidade da delação. Isso porque o desenvolvimento deste meio de prova é capaz de gerar choques com direitos previstos na Constituição Federal e que orientam a reverência a matérias como o contraditório, o êxito probatório das colaborações e, ainda, a dimensão do “prêmio” ao colaborador (PEREIRA, 2019, p. 135).

Para mais, as provas – historicamente – são originadas não para proporcionar maior dinamismo aos autos, mas, na verdade, para promover a verdade dos fatos, respeitando um procedimento que efetivamente resguarde os direitos constitucionais dos acusados (PEREIRA, 2019, p. 136).

Por conseguinte, a existência do microsistema neste capítulo aludido, demonstra que o instituto da colaboração premiada, uma vez que presente em diversas legislações diferentes, revela importantes diferenças de aplicabilidade da delação em cada um destes regramentos (PEREIRA, 2019, p. 137).

Seja quanto às formalidades para a recepção do benefício, seja quanto às vantagens oferecidas ao agente colaborador (PEREIRA, 2019, p. 137). Não há, portanto, um regramento definitivo e claro quanto da aplicabilidade da colaboração premiada, o que acaba por obstaculizar a correta serventia da norma.

O microsistema, ademais, acabou por conceber a batizada “colaboração unilateral”, que independe de acordo junto ao Ministério Público, sendo manifestado pelo réu por intermédio de alegações no curso do processo, podendo o magistrado conceder os prêmios legais na decisão penal³⁹.

Aqui, a Justiça Consensual é singularmente aproveitada internamente em cada processo, apenas, sem qualquer pacto anterior, mesmo que informal, com o órgão de acusação. Nesta situação, o caráter negocial da colaboração, que pressupõe, a partir da edição da Lei n.º 12.850/2013, a precisão de ordem e diretrizes, é gravemente afetado (PEREIRA, 2019, p. 140-144).

³⁹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-22/limite-penal-voce-sabe-significa-delacao-premiada-unilateral>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Este cenário exterioriza que a delação premiada, firmada na bilateralidade negocial, acabou por ser alvo de interpretações que contaminam a respeitabilidade e seriedade do instituto. Isto porque a inserção, nos autos, de “palavras tardias” do acusado não pode ser emparelhado à real colaboração (PEREIRA, 2019, p. 146).

A ramificação da colaboração premiada, responsável por conceber correntes que defendem a possibilidade de o delegado de polícia transacionar o benefício, também é alvo de críticas. Os repreensores fundamentam o parecer no fato de que “a colaboração premiada não esgota seus efeitos na fase investigatória, na qual a independência da autoridade policial se sobrepõe, mas produzirá efeitos no processo penal [...]” (PEREIRA, 2019, p. 155).

Há quem entenda, ainda – muito embora nos Estados Unidos, onde a barganha surgiu e ganhou especial contorno, tenha demonstrado palpáveis benefícios, tais quais economia de tempo e dinheiro no decorrer dos processos – que o ajuste não pode ser tido como a melhor saída para conflitos criminais (SOUSA, p. 199).

Marllon Sousa dividiu, em sua obra *Plea Bargaining no Brasil: O Processo Penal por Meio do Equilíbrio Entre o Utilitarismo Processual e os Direitos Fundamentais do Réu*, as quatro principais vertentes críticas ao instituto da colaboração premiada, quais sejam: (i) social; (ii) econômica; (iii) legal; e (iv) pragmática.

A primeira crítica é pautada na lógica de que a barganha continuaria a aprisionar pessoas pobres, servindo como um incremento às disparidades sociais, retirando das penitenciárias somente os mais abastados, alvo de processos, em maioria, por crimes de corrupção (SOUSA, 2020, p. 201). Já a segunda crítica, que é a econômica, sustenta que “o Estado não pode tratar réus como meros instrumentos para economizar tempo e dinheiro” (SOUSA, 2020, p. 201).

A terceira crítica, que é a legal, não muito diferente das anteriores, expressa que “o direito a um julgamento é prerrogativa do devido processo legal”, utilizando, para tanto, o argumento de que a colaboração premiada, importada do *Plea Bargaining* norte-americano, fere a Constituição da República. Já a quarta crítica pragmática sustenta que a colaboração premiada serviria como mais uma legislação inútil (SOUSA, 2020, p. 201).

Todavia, apesar das opiniões contrárias tecidas quanto a certos pontos nebulosos da regulamentação, resta inteligível que o instituto cumpre muito do que promete, servindo como instrumento que busca a efetividade e estabilidade da persecução penal, exercendo papel crucial para a diminuição do volume de processos criminais, o que acaba por tornar os julgamentos cada vez mais abreviados (SOUSA, 2020, p. 29-44).

Outrossim, ainda que as críticas sejam bem recebidas, é oportuno ressaltar que a introdução do princípio em solo pátrio não significa a prejudicialidade do devido processo legal,

pelo contrário. A colaboração premiada pode e deve ser tida como uma alternativa às aquelas difundidas em sede criminal. O que se busca, portanto, é solucionar os milhares de casos criminais em aberto no Brasil, não aumentar a abrangência do Direito Penal (SOUSA, 2020, p. 201).

É possível denotar também que a transação penal é capaz de ser tida como a maneira pela qual o imputado, em verdade, exerce sua faculdade de fazer escolhas por si só e desempenha sua soberania pessoal frente ao Estado. A legitimidade para atuar desta maneira é prevista na Constituição da República, que admite a realização de ajustes. Ademais, é essencial – no direito moderno – conferir aos indivíduos um espaço – mesmo que mínimo – de autonomia da vontade ante à persecução penal, direito que se ampara na liberdade individual (LEITE, 2013, p. 211-212).

Afirmar, sem qualquer estudo que embase o narrado, que a delação premiada é capaz de levar inocentes à condenação, significa fechar os olhos para os frutos da barganha em território nacional. Até mesmo porque, com o perdão da repetição, pactuar o acordo não denota à quebra do estado do devido processo legal (SOUSA, 2020, p. 202-204).

Uma vez que a solução consensual e negociada pressupõe, para tanto, a existência de um advogado apto a resguardar todos os interesses e garantias do colaborador que opta por confessar o delito, pelo que se trata, em verdade, de um processo legal mais ágil e simplificado, não prevendo a norma a possibilidade de eliminação dos direitos fundamentais do agente (SOUSA, 2020, p. 202).

Conclui-se, portanto, que o ajuste consensual é instituto conciliável com o que preceitua a Lei Maior, respeitando princípios e garantias que representam décadas de evolução humana e processual. No mais, é fato que é mais benéfico para o ordenamento jurídico e para as partes propiciar que o consenso penal cumpra as garantias da melhor maneira – ao invés de abordar o instituto utilizando-se de comparações inclinadas à desaprovação (LEITE, 2013, p. 212).

Isso tudo, por certo, respeitando as garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana, os fins da justiça, os interesses da sociedade e, claro, do acusado; uma vez que suprimir resultados pautados no ajuste por compreender que a transação não obedece a persecução penal reflete negativamente no desenvolvimento do direito penal e processual penal, bem como aos instrumentos consensuais que poderiam ser empregados na conclusão da lide, entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* (LEITE, 2013, p. 212).

1.4 A colaboração premiada como negócio jurídico processual

Todo fato natural da vida, humano ou não, capturado pela norma jurídica, é um fato jurídico. É o que vale dizer que são fatos jurídicos aqueles inseridos no mundo do direito, capazes de irradiar efeitos jurídicos. Para que fatos sejam jurídicos, é preciso que regras e normas jurídicas incidam sobre eles, de forma abstrata. Destes, decorrem os efeitos, conforme a regulamentação.

É a relação fato, homem e vontade que é relevante para o direito. Cuida-se, portanto, de ato jurídico em sentido amplo. É necessária a verificação da vontade humana, devidamente manifestada, para a ocorrência de um ato jurídico.

No âmbito dos atos jurídicos, o caminho para alcançar os objetivos desejados deve se dar em conformidade com a lei e depende da ausência de autonomia do interessado. Dessa forma, ato jurídico pode ser verificado a partir (i) do ato volitivo de suporte os fatos; (ii) da consciência da exteriorização da conduta, e (iii) da obtenção de um resultado eficaz.

Assim os atos jurídicos podem ser divididos em ato jurídico em sentido estrito, sendo, a vontade, elemento da conduta e negócio jurídico, quando a vontade é relevante para a existência e eficácia.

No negócio jurídico, que é ato jurídico cuja vontade é elemento essencial à sua eficácia, e a exteriorização da vontade não é mero suporte fático, mas também elemento de escolha no âmbito da eficácia, a depender dos limites desenhados pela lei.

Classificada como instrumento persecutório para a obtenção de provas, a colaboração premiada exige a participação voluntária do acusado, em prejuízo próprio, mas com vistas à redução da sanção do Estado como resposta justa, em busca de eficácia máxima. É neste ponto do estudo que conseguimos posicionar a colaboração premiada como negócio jurídico.

A colaboração premiada, consubstanciada no ato do acusado admitir sua participação no delito e contribuir de forma eficiente para a elucidação das investigações e até mesmo à resolução e prevenção de crime, traduz-se em medida capaz de reduzir a resposta penal (CORDEIRO, 2020) sem comprometer a finalidade e a utilidade da sistemática processual penal.

Já aplicada desde 1986, pela Lei nº 7.492, e mais em 1990, nos Juizados Especiais e pela Lei 8.072, em diversas modalidades e por várias outras disposições legais, a colaboração pressupõe uma negociação processual – onde a voluntariedade, que representa a iniciativa exclusiva do colaborador, é elemento essencial para a tratativa.

O instituto sempre vai pressupor uma “proposta” e uma “aceitação”. Assim, é evidente que se trata de negociação, limitada pela letra da lei. O professor Orlando Gomes⁴⁰ resume que haverá uma declaração de vontade do proponente e uma outra declaração de vontade do aceitante. Por ser escrito, permite um ajuste concreto dos benefícios e das hipóteses em que o acordo será considerado válido ou inválido.

A discussão sobre a natureza da colaboração premiada como negócio jurídico ser processual ou pré-processual considera o momento desta análise. É possível entender como negócio-processual, uma vez que o seu resultado produzirá efeitos no âmbito do processo, e seu objeto é a cooperação do acusado para a investigação e para o processo (DIAS, TOFFOLI, HC).

A Lei das Organizações Criminosas, nº 12.850 de 2013, apresenta a colaboração premiada como um evento de natureza processual incidental, concernente tanto ao procedimento investigatório quanto ao processo criminal, permitindo sua aplicação antes da instauração da ação penal, ainda na fase de inquérito e após a prolação da sentença, atingindo até mesmo a execução penal.

Aqueles que consideram a colaboração como negócio-pré-processual destacam a sua repercussão no âmbito material quando estabelece as sanções premiais frente o colaborador.

A utilidade é critério que demarca o momento e o alcance da colaboração premiada (CORDEIRO, 2020, p. 64-65), tendo a quase totalidade das leis anteriores vinculado a delação aos fatos do processo. A atual Lei da Criminalidade Organizada trouxe o maior número de resultados úteis já previstos, mas ainda assim manteve claramente o critério da utilidade: somente se negociam colaborações para os crimes do grupo criminoso perseguido.

Essa vinculação ao resultado útil foi ressaltada por Nefi Cordeiro (2020, p. 65) como resultado útil do acordo, exigindo-se a evidenciação da estrutura, dos autores, do produto do ilícito, a vítima e se o acordo previne apenas crimes da organização criminosa, ampliando a compreensão do resultado útil para crimes também fora do processo. Enquanto útil, a delação poderá ela ser realizada, inclusive em fase de execução penal – cabendo então ao juiz da Execução fazer incidir os benefícios acordados.

A colaboração premiada, enquanto instrumento persecutório, é negócio jurídico que reduz a resposta penal em troca da colaboração do acusado para demonstração dos crimes de corréus, da estrutura criminosa, da recuperação do produto do crime ou do salvamento da vítima, além de prevenir novos crimes da organização criminosa. Não poderia, portanto, a

negociação das partes fugir das formas, limites e controles, que são constantemente fiscalizados.

2 ASPECTOS GERAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA APLICAÇÃO PELOS OPERADORES DO DIREITO

2.1 Da (im)possibilidade de o coautor ou partícipe impugnar o acordo de colaboração na jurisprudência do Supremo: o *Habeas Corpus* 127.483/PR (Erton Medeiros Fonseca v. Relator da Pet 5244/STF)

Para além dos pontos de debate que envolvem os espaços de consenso existentes no microsistema de negociações no direito penal, entende-se necessário tecer considerações a respeito da possibilidade – ou impossibilidade – de impugnação do acordo de colaboração por coautor ou partícipe.

Cordeiro (2020, p. 1) define a colaboração como um negócio jurídico que reduz a resposta penal a partir de colaboração do acusado para auxiliar na obtenção de provas para expor crimes de *corrêus*. Neste sentido, é explícito que se trata de instituto com o condão de atingir tantas partes quanto se faça necessário para que se alcance a função declarada do direito penal.

Há que se considerar o direito de todas as pessoas envolvidas em eventual acordo, sobretudo porque as consequências de uma colaboração podem se relacionar aos resultados de eventual persecução criminal e penas aplicadas.

Atualmente, a corrente mais atualizada no Supremo Tribunal Federal entende que existe a impossibilidade de que o coautor ou partícipe dos crimes impugnarem eventual acordo de colaboração. Este juízo foi construído e apresentado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 127483/PR (BRASIL, 2015), que, embora não apresente qualquer tipo de eficácia vinculante, coloca-se como forte precedente a ser considerado por quaisquer discussões empreendidas a respeito desta impossibilidade. O caso mencionado inaugurou a discussão a respeito da admissibilidade do acordo de colaboração premiada do doleiro Alberto Youssef.

Foi requerido “o reconhecimento da ilegalidade do despacho que homologou o acordo de colaboração premiada, determinando-se a nulidade de toda prova a partir dele produzida” (BRASIL, 2015, p. 7). O *habeas corpus* foi relatado pelo Ministro Dias Toffoli e destacou o entendimento de que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, no qual o Poder Judiciário “se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo” (BRASIL, 2015, p. 1).

Na mesma linha, o Ministro indica se tratar de negócio processual personalíssimo, sendo inadmissível a sua impugnação por terceiros. Isso porque, de acordo com seu raciocínio, há a

possibilidade de que os coautores e partícipes confrontem judicialmente as provas em seu desfavor obtidas a partir da colaboração, por meio do crivo do contraditório e da ampla defesa.

Ainda no resumo, indica que a análise da personalidade do colaborador enquanto requisito de cabimento do negócio jurídico processual em questão é descabida, sendo válida apenas enquanto elemento para que se considere as cláusulas a serem estabelecidas no acordo, “notadamente na escolha da sanção premial a qual fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença” (BRASIL, 2015, p. 3), sendo inconcebível analisar a confiança no agente colaborador enquanto elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração.

Assevera, ainda, que “os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador” (BRASIL, 2015, p. 4), votando, por fim, pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

A raiz da argumentação levada adiante pelos impetrantes restava sobre a possibilidade de produção de prova ilícita a partir da aceitação do acordo de colaboração. Nesta toada, alegaram ser necessário aferir características próprias de cada acordo, dentre elas a confiança no acordante. Aduziram o art. 4º da lei de regência, que estipula a verificação da personalidade do colaborador no momento da concessão do benefício, como pressuposto de validade violado em virtude de descumprimento de acordo de colaboração anterior.

O caso concreto permitiu o embate entre as correntes de argumentação sobre o assunto existentes, onde se levou em consideração a estrutura jurídica atual para dar base ao instituto negocial no Brasil aplicado à decisão.

O Ministro Relator pondera as seguintes questões:

- a) o caráter de negócio jurídico processual da colaboração premiada;
- b) a sua utilização enquanto meio de obtenção de prova;
- c) o objeto da colaboração, indicado como a cooperação do imputado para o processo criminal; e
- d) a repercussão da colaboração no direito penal material.

Enquanto negócio, preceitua o Ministro, a colaboração premiada está sujeita aos atributos da Escada Pontean⁴¹ (existência, validade, eficácia), sendo que “uma vez aceita por

⁴¹ O ilustre professor Pontes de Miranda, a partir de sua referida teoria, estrutura os planos de formação do negócio jurídico em uma escada que representa os requisitos que devem ser atendidos para a tornar o negócio apto a surtir

uma das partes a proposta formulada pela outra, forma-se o acordo de colaboração, que, ao ser formalizado por escrito, passa a existir (plano da existência)” (BRASIL, 2015, p. 20). Ainda prosseguindo no raciocínio, há que se considerar que:

O art. 6º, da Lei nº 12.850/13 estabelece os elementos de existência do acordo de colaboração premiada. Esse acordo deverá ser feito por escrito e conter: i) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor (BRASIL, 2015, p. 20).

E, ao analisar os requisitos no caso concreto, concluiu que o acordo é válido e eficaz mesmo quando realizado com negociante em custódia prisional, desde que presente a voluntariedade na colaboração, uma vez que “entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiaias por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia” (BRASIL, 2015, p. 21).

Ao enfrentar diretamente o tema explorado no *writ*, o Ministro indica que “negócio jurídico processual tem por finalidade precípua a aplicação da sanção premial ao colaborador, com base nos resultados concretos que trazer para a investigação e o processo criminal” (BRASIL, 2015, p. 29). Por isso, entende que a homologação não é capaz de, por si só, interferir na esfera jurídica do acusado, mas sim levar a eventuais resultados neste sentido:

Assim, a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas - o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração. Tanto isso é verdade que o direito do imputado colaborador às sanções premiaias decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e no art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente (BRASIL, 2015, p. 29).

Tal entendimento é baseado no sentido de que a colaboração constitui elemento apto a levar a prova idônea, quer seja, não gera por si só consequências aos alvos da colaboração.

Na mesma linha, todo o procedimento posterior ao acordo, bem como suas consequências, estará sujeito ao crivo do contraditório e da ampla defesa, mediante amplo controle judicial:

efeitos. Os requisitos são definidos pela passagem, em etapas, por planos de formação, a partir da Existência, Validade e Eficácia, onde cada um destes planos possui seus próprios pressupostos.

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 (BRASIL, 2015, p. 30).

É exatamente por conta da existência do contraditório e controle judicial posterior ao acordo que o Ministro Relator entende que a negativa ao direito ao delatado de impugnar o instrumento negocial não implica em qualquer desproteção aos seus interesses, visto que “será assegurado ao delatado, pelo contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas” (BRASIL, 2015, p. 31).

O acordo, em si, não pode sozinho constituir elemento de prova, e eventuais desdobramentos serão submetidos a todo o devido processo legal, com participação e intervenção direta dos delatados. Com base nesse raciocínio, o Ministro entendeu pela impossibilidade da impugnação pelos coautores ou partícipes.

O principal fundamento para a impossibilidade de o delatado impugnar um acordo de colaboração premiada é o fato de o pacto ser um negócio jurídico personalíssimo, interpartes. O interesse do delatado se restringe aos elementos de prova obtidos em razão dos acordos de colaboração premiada, e não em relação ao acordo propriamente. Assim, poderão ser confrontados os termos das declarações do colaborador e as provas por ele indicadas.

Conforme expõe Cordeiro, “a colaboração não é apenas acordo para futura apresentação de provas colaborativas, mas é a própria reunião unilateral de provas, que precisarão ser devida e completamente submetidas ao contraditório judicial” (2020, p. 27). Portanto, é elemento anterior a eventual condenação, servindo como base de apoio para que a persecução encontre provas que possam levar à melhor atividade jurisdicional por parte do Estado, aplicando justiça ao caso concreto.

Neste sentido, apesar de não haver ainda um caso julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou em recurso extraordinário afetado enquanto tema de repercussão geral, é preciso ressaltar que há entendimento atualmente dominante por parte do órgão de vértice do Poder Judiciário Brasileiro.

Portanto, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, trata-se de precedente a ser observado para fins de discutir o instituto da colaboração premiada – sem esquecer que uma das questões que contribuiu para inviabilização de um debate maior é de ordem processual, visto que o *habeas corpus* encontrava dificuldades processuais para permitir a ampla discussão

de mérito do assunto, como exposto nas manifestações de diversos ministros à ocasião: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pois é, para tomar um fôlego. Articula-se que a denúncia teria surgido em face da delação. Então se pode, realmente, ver o interesse jurídico na impugnação do ato que implicou a homologação do acordo” (BRASIL, 2015, p. 71).

E, nas palavras do Ministro Edson Fachin no mesmo julgamento:

“Pois bem, tenho, para mim, que a solução é muito simples, porque, tirante os atos divinos, os humanos de um modo geral estão submetidos a recurso, inclusive dos seres humanos que são os Ministros do Supremo Tribunal Federal. E uma decisão de Relator desafia, nos termos do art. 317 de nosso Regimento Interno, o Agravo Regimental, mas, se não é parte, há que se socorrer do art. 499 do Código de Processo Civil, que legitima o terceiro prejudicado, que, na janela hermenêutica do art. 3º do Código de Processo Penal, é inteiramente aplicável à hipótese.

Portanto, não obstante a situação grave e complexa, fico nesse óbice, que reputo intransponível, por uma consequência prática que julgo relevante: a competência e atribuição para examinar esse tema que, digo e repito, esse Tribunal há de fazê-lo, mas essa atribuição é, a rigor, da Turma a qual pertence o Ministro Teori, da Segunda Turma. Se esse Pleno apreciar esse tema no dia de hoje, nesses termos, nós estamos suprimindo a atribuição da Segunda Turma, à luz desses dispositivos que acabo de mencionar. Logo, a conclusão a que cheguei é que o paciente tinha, sim, a sua disposição, o agravo regimental e, em substituição ao agravo regimental, interpôs o habeas corpus. Eu não adentro, Senhor Presidente, na questão do óbice da Súmula 606, porque aí há uma discussão sobre a qual gostaria de me reservar para examinar com mais vagar no futuro.

Em resumo, voto no sentido de não conhecer do habeas corpus, porque apresentado com caráter substitutivo, inadmissível, do recurso cabível, que é o agravo regimental” (BRASIL, 2015, p. 75).

Por sua vez, no voto da Ministra Rosa Weber:

“Do mesmo modo, mostra-se prematuro, se não impróprio, invadir as minúcias da negociação entre o Ministério Público e o citado agente colaborador, da qual, aliás, por expressa previsão legal, deve a autoridade judiciária ficar afastada (art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/2013).

Nesse contexto, na via estreita do habeas corpus, e por não vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder no ato atacado, sem me comprometer com as teses expostas, a despeito da respeitabilidade dos fundamentos do eminente Relator, denego a ordem” (BRASIL, 2015, p. 118).

Com efeito, tem-se que a discussão ficou muito concentrada nos aspectos processuais da matéria, prejudicando sobremaneira o debate mais aprofundado sobre o mérito. Assim, não seria exagerado mencionar que ela é merecedora de uma atenção especial a respeito dos seus possíveis desdobramentos futuros, pela via processual que permita efeito devolutivo pleno.

Para finalizar, cumpre destacar que existem críticas de parte da literatura a esse entendimento.

Já foi admitido na Corte Suprema⁴², a impugnação de acordos de colaboração premiada por delatados, considerando o potencial impacto à esfera de direitos dos delatados, especialmente quanto as declarações do colaborador e as provas produzidas, bem como a necessidade de controle de eventuais cláusulas e benefícios abusivos.

Entende-se que, ao premiar um acusado, com o objetivo de instruir o processo, estaria punindo com maior rigor os imputados alheios à produção de provas, instrumentalizada pelo acordo de colaboração, e assim, o Estado ofereceria tratamento mais leniente ao acusado e causaria impacto gravoso os delatados.

Nefi Cordeiro, por exemplo, entende que, por mais bem fundamentada que seja a jurisprudência pátria a respeito do assunto, esta

[...] rejeita os evidentes efeitos de mudança que o acordo de colaboração gera a todo o processo, transformando réu em acusador, por favores subjetivamente fixados e pouco controláveis, que altera rito (gerando contraditório agora até entre acusados) e que deixa vulnerável a própria sociedade – quando vê criminosos recebendo pequena ou nenhuma pena. Também os delatados possuem forte interesse em verificar os termos do acordo, os interesses do colaborador a uma proposta especialmente generosa de favores estatais” (CORDEIRO, 2020, p. 42).

Assim sendo, considerando a amplitude dos interesses envolvidos em um acordo de colaboração premiada, assim como as nuances de cada caso concreto, por mais que exista entendimento firmado pela mais alta Corte do país, é possível afirmar que o tema pode vir a retornar à pauta de debate e ainda possui bastante espaço para seu amadurecimento acadêmico e jurisprudencial.

Pode ser deveras fragilizado afirmar que o mero fato de um acusado optar pela colaboração premiada incidirá na recusa aos seus direitos a contraditório e ampla defesa no processo formal, sobretudo considerando as nuances do sistema penal brasileiro. A depender do alvo de uma eventual ação penal – ou mesmo investigação – há uma ampla possibilidade de que ocorra fenômenos como o *trial by media* ou mesmo consequências negativas decorridas de eventual etiquetamento.

Conforme leciona Sousa (2021), há que ser considerados os problemas inerentes à jurisdição penal brasileira, inclusive o encarceramento em massa, as disparidades raciais e as percepções de ilegitimidade.

⁴² HC n° 142.205/PR e HC n° 151.605, julgados pelo 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Acontece, que nestes casos, o *distinguish* reside na figura do impugnador. Aqui, quem levanta a impugnação é o coautor ou partícipe, já nos referidos HCs, o irrisignado é pessoa terceira aos fatos.

Nota-se do exposto pelo autor que no problema estrutural que atravessa o sistema de justiça brasileiro, elementos como o racismo (que facilitam a punição para pessoas negras) pode tornar mais fácil para elementos marginalizados socialmente acabarem presos mesmo que sem uma condenação definitiva. Por outro lado, há um baixo número de pessoas condenadas por crimes de colarinho branco em situação de encarceramento.

Assim sendo, deve-se alertar para o fato de que colaboradores de má-fé podem se valer destes e de outros tipos de problemas que assolam o sistema de justiça brasileiro, direcionando eventual produção de provas para elementos mais vulneráveis, por vezes inocentes, em troca de bons benefícios dentro do processo penal.

Considerando-se os problemas sociais e judiciais do Brasil, pode ser infantil afirmar que o melhor espaço para o questionamento a esse tipo de negócio jurídico processual é dentro de uma ação penal.

Destarte, embora exista a partir do momento do consenso, quando as partes manifestam suas vontades, primeiramente quanto a proposta e depois quanto o aceite, partindo dos pressupostos do plano da existência⁴³, a lei condiciona a validade da colaboração, enquanto negócio jurídico, apenas após a homologação pelo juízo, que não participa das negociações, porém realiza análise de legalidade e constitucionalidade do acordo.

A legitimidade do interesse de impugnação é perecível, vez que nasce da vinculação corroborada aos relatos e elementos apresentados pelo colaborados.

Porém, cabe ao Estado-juiz, e ao critério do Poder Judiciário, a análise de eventuais ilegalidades ou abusos no acordo de colaboração premiada, a partir do seu juízo homologador e, por tanto, o delatado não deteria verdadeira legitimidade para a impugnação, vez que não lhe compete o crivo sobre a legalidade.

Além disso, há de se considerar que, desde a homologação, o delatado poderá ter acesso aos relatos e elementos que lhes sejam desfavoráveis, que são meios de obtenção de prova, e não prova em si. As declarações postas no acordo não possuem caráter probatório. Assim, vale dizer que os próprios efeitos, que podem atingir a figura do delatado, de igual modo passarão pelo juízo de verificação, seja ainda em fase investigativa ou, se confirmadas as provas produzidas, na esfera processual.

Observa-se, portanto, a ausência de interesse jurídico legítimo e de direto subjetivo do delatado à impugnação de um acordo de colaboração premiada, posto que é atribuição exclusiva

⁴³ Pressupostos do plano da existência: partes, objeto, vontade e forma (DIDIER JÚNIOR; NOGUEIRA; GOUVEIA FILHO, 2013).

das partes e do juízo homologador a análise da existência, validade e, por fim, a eficácia do negócio jurídico.

2.2 Estratégia de acusação: da colaboração premiada como meio de obtenção de prova

O acordo de colaboração premiada possui natureza dúplice, haja vista que pode constituir meio de obtenção de prova para a acusação e meio de defesa para o acusado (PEREIRA, 2019, p. 229).

Para o Ministério Público, trata-se essencialmente de um meio de obtenção de prova, conforme prevê o art. 3º, inciso I, da Lei n.º 12.850/2013⁴⁴, e possibilita que o *Parquet* obtenha informações de alta relevância para a persecução penal, contribuindo para o desmantelamento das organizações criminosas e para a superação da mentalidade de que autor e réu devem ser figuras antagônicas:

A dinâmica do jogo processual entendido pela metáfora da guerra sustenta algo em desequilíbrio. A questão é bem complexa e nessa versão compacta cabe sublinhar que o processo penal se instaura modalidade de competição (jogo), na qual se pode invocar o equilíbrio de Nash e entender o motivo da dificuldade de cooperação. No jogo processual, de regra, o julgador e os jogadores tomam decisões maximizadoras de seus interesses a partir da análise de custos e benefícios individuais (payoffs) e não levam em consideração as consequências das consequências, a saber, as externalidades e prejuízos individuais (dos demais jogadores) e à coletividade (ROSA, 2014, p. 4-5).

A Lei n.º 12.850/2013, que expressamente previu a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, fê-lo por *ratio legis* alinhada aos anseios sociais, haja vista que a forte estruturação das organizações criminosas dificulta a investigação de seus delitos, que se tornam verdadeiros “crimes invisíveis” (BOTTINO, 2016, p. 359), porquanto obstaculizam, através de

⁴⁴ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V.

§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação.

complexas artimanhas e ocultações, a identificação dos autores responsáveis (FERRO, 2009, p. 31).

Seguindo a jurisprudência pátria, a Lei 13.964/19 modificou a Lei das Organizações Criminosas e incorporou o artigo 3º-A, que denota que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. Percebe-se, assim, que não há brechas para outras possíveis interpretações (CORDEIRO, 2020, p. 06).

Faz-se oportuno enunciar que a colaboração premiada se aplica não só no contexto das organizações criminosas, mas também a outros crimes – muito embora a Lei n.º 12.850/13 represente um marco legislativo para o instituto do acordo de colaboração – tal qual enunciado no capítulo anterior.

Assim sendo, muito brevemente, uma vez que o tema se desenrolou no Capítulo 01, vale lembrar que a Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), a Lei de Crimes Tributários e Econômicos (Lei n.º 8.137/90), a Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n.º 7.492/86), a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n.º 9.613/98), a Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei n.º 9.807/99), a revogada Lei de Drogas (Lei n.º 10.409/02) e a nova Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06) também se serviram da sanção premial ao sujeito delator que auxiliasse na perquirição dos demais coautores.

Embora cada legislação possua suas especificidades, é certo que não é requisito fazer parte de uma OrCrim (organização criminosa) para colaborar e efetuar ajuste premial, podendo um traficante ou um ladrão que não pertença a qualquer associação criminosa colaborar e indicar o nome de outros que atuem na mesma região.

Por conseguinte, voltando ao enquadramento das organizações criminosas, a fim de mascarar eventuais atividades ilícitas, costuma haver uma grande aproximação entre essas atividades empresariais, uma vez que tal empreitada reveste a prática delitiva sob o manto de uma aparente legalidade que muito dificulta – quando não inviabiliza – a apuração da materialidade dos fatos e da participação dos envolvidos, dando origem a uma verdadeira “empresa do crime”:

As organizações criminosas agem, cada vez mais, infiltrando-se no âmbito da economia legal. Duas são as razões principais. Em primeiro lugar, porque pretendem que os seus ganhos ilícitos tenham “configuração” de legais para que possam ser livremente utilizados. Isto lhes permite ingressar na seara do ordenamento jurídico astuciosamente, para dele se prevalecer. Com bens reconhecidos pelo ordenamento jurídico como “legais”, os agentes criminosos podem comercializá-los e obter as garantias legais, especialmente referentes ao seu Direito de Propriedade (MENDRONI, 2018, p. 30).

Os meios tradicionais de prova, como a prova pericial e testemunhal, não possuem a eficiência necessária para dismantelar, por exemplo, os engenhosos esquemas de lavagem de dinheiro que se desenvolvem no seio das organizações criminosas⁴⁵ haja vista que pode haver um elevado número de envolvidos – muitas vezes integrantes do próprio Poder Público, que foram corrompidos (HASSEMER, 2008, p. 311) – responsáveis por promover a ocultação das atividades ilícitas que são encobertas pela entidade.

Por vezes, o investigado é o único indivíduo que detém informações relevantes que são praticamente inacessíveis por outros meios que não o da celebração de um acordo de colaboração premiada, dado o jaez quase esotérico que muitos grupos possuem – resultando numa enorme complexidade de seu *modus operandi* (PEREIRA, 2019, p. 73-74) –, muito embora as consequências decorrentes das práticas criminosas possam provocar vultuosos prejuízos aos cofres públicos, ou, até mesmo, lesionar o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado.

Pensando na importância de o acusado fornecer materiais imprescindíveis para que o Ministério Público obtenha os dados para efetivar a persecução penal, quando se pensa no modelo brasileiro, a justiça consensual ficou estabelecida como o ajuste travado entre acusação e defesa durante um procedimento processual penal.

Aqui, o acusado chega a um acordo, confessando e delatando demais agentes criminosos, visando benefícios (SOUSA, 2020, p. 258). Em razão disto, o acordo de colaboração premiada se revela um instrumento eficaz para que a acusação (Ministério Público) obtenha os elementos necessários e suficientes para dar continuidade à persecução penal contra os demais coatores ou partícipes da conduta delatada, ou até mesmo esclarecendo a estrutura de eventual organização criminosa.

⁴⁵ O crime de organização criminosa está previsto no art. 2º, da Lei nº. 12.850/2013: promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena – reclusão, de 3 a 8 anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Importante denotar que o tipo penal de **Associação Criminosa (artigo 288, caput, do Código Penal)**, não se confunde com o crime de **Organização Criminosa (Lei nº 12.850/13)**, apesar de ambos serem crimes contra a paz pública.

A Organização Criminosa exige a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, já a Associação Criminosa, pressupõe a presença de 3 (três) ou mais agentes. A Organização Criminosa pressupõe estrutura ordenada, exigindo um conjunto de pessoas estabelecido de maneira organizada, com hierarquia, sendo imprescindível chefia e chefiados. O tipo também é caracterizado pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. Já o crime de Associação Criminosa dispensa a organização e hierarquia. A Organização Criminosa tem como a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional. Já a Associação Criminosa tem como finalidade a prática de uma série indeterminada de crimes, que pode ser de igual natureza ou de natureza distinta, não importando a quantidade de pena a eles cominada.

Para mais, existe uma diferença entre o colaborador e a testemunha que presta os seus esclarecimentos durante a persecução penal. A colaboração é um dos instrumentos mais efetivos na busca pela colheita de provas, não se tratando de uma simples testemunho, visto que as declarações do colaborador devem ser respaldadas por outros tipos de prova, como documentos, gravações, registros fotográficos ou audiovisuais, dentre outros. Isso tudo torna mais efetiva a descoberta de novos crimes praticados ou autores do delito, bem como a reparação dos danos provocados pelo colaborador ou seu grupo criminoso (ALMEIDA; PEREIRA, 2016, p. 222). Neste sentido:

O colaborador tido em mente pela Lei 12.850/2013 não é uma simples testemunha que é chamada ao processo para relatar aquilo de que tem directo conhecimento sobre uma realidade criminal já objecto de uma investigação ou de um processo em curso e à qual é estranho. Em geral, qualquer cidadão que, em virtude de factos que pessoalmente percepcionou, esteja em condições de contribuir para a descoberta da verdade material, tem o dever de colaborar com o processo, declarando, com verdade, tudo aquilo que sabe (art. 203º do CPP). E obviamente, não lhe poderá caber qualquer vantagem por assim colaborar com a justiça, cumprindo o seu dever legal. Como tal, um contributo dessa natureza, pura e simplesmente testemunhal, não pode ser objecto de um acordo de colaboração premiada (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 143-144).

Contudo, é de suma importância que tal instrumento negocial não se subverta num mecanismo de impor de maneira forçosa, direta ou indiretamente, a celebração do termo por parte do investigado. É possível cogitar, por exemplo, que o *Parquet* negocie a liberdade do colaborador no âmbito do acordo – o que é um grande absurdo, haja vista que a prisão preventiva somente pode ser imposta nas hipóteses legais taxativas dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal (PRADO, 2018, p. 89).

Admitir que cautelares pessoais sejam utilizadas para dissuadir o investigado é algo que vai totalmente de encontro aos preceitos dispostos pela Constituição Federal de 1988, não se mostrando plausível utilizar da prisão cautelar para conspurcar a voluntariedade do acordo de colaboração premiada, na medida em que este é seu elemento essencial.

Ocorre que, ainda citando a Constituição da República de 1988, o constituinte nacional adotou os ajustes entre acusação e defesa no âmbito criminal – em analogia aos Juizados Especiais – seguindo as tendências internacionais, quais sejam, por exemplo, a Resolução R (87) 18 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa e da Reunião de Helsinque, em 1986. Por assim dizer, a Carta Magna deve ser vista como aderente ao consenso (LEITE, 2013, p. 178).

A colaboração possui natureza de acordo que, pela sua própria etimologia, pressupõe o consenso entre as partes como requisito ontológico, o que exige a cooperação processual. Será

necessária uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, o que vem ocorrendo de forma gradativa.

Importante notar que somente com o respeito absoluto as cláusulas do acordo que a colaboração poderá se transformar em um eficiente mecanismo de combate à criminalidade (MENDONÇA, 2013, p. 29-30), vejamos:

É certo que essa questão exigirá certamente uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, que muitas vezes é gradual e demorada. Porém, somente com maior respeito ao acordo formulado pelas partes e homologado pelo juiz que a colaboração processual poderá se transformar em eficiente mecanismo de combate à criminalidade organizada (MENDONÇA, 2013, p. 29-30).

A partir do fortalecimento da sua segurança jurídica, o negócio jurídico processual pode vir a exercer uma relevantíssima função como meio de obtenção de prova para a acusação. Vale lembrar não há limite temporal para colaborar com a Justiça⁴⁶.

O próprio *Habeas Corpus* n.º 127483/PR asseverou entendimento no sentido de que a colaboração premiada atua como meio de obtenção de prova, respeitando o que pressupõe o já mencionado art. 3º, I, da Lei n.º 12.850/13, tal qual a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (BRASIL, 2015).

O julgado bem diferenciou os meios de prova dos meios de pesquisa, investigação e obtenção de prova. Utilizando paráfrase de Mario Chiavario, penalista e doutrinador italiano, os meios de prova (ou *mezzi di prova*) são tidos como os instrumentos idôneos a “oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em suas decisões”. Ao passo que os meios de pesquisa de prova (ou *mezzi di ricerca dela prova*) não configuram, por si só, “fonte de convencimento judicial, mas destinam-se à aquisição de entes dotados de capacidade probatória, os quais, por intermédio daqueles, podem ser inseridos no processo” (CHIVARIO, 2012, p. 353 *apud* BRASIL, 2015).

Gustavo Badaró entende de igual maneira:

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex: uma busca e apreensão são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário

⁴⁶ “De acordo com o professor de Processo Penal da USP, **Gustavo Henrique Badaró**, não há limite temporal para colaborar com a Justiça. Isso pode ser feito inclusive após o trânsito em julgado da condenação.” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-09/acordo-delacao-premiada-firmado-sentencia#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20professor,tr%C3%A2nsito%20em%20julgado%20da%20condena%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 20 dez. 2021.

[documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos (Processo Penal. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270).

O Ministro José Antônio Dias Toffoli, no voto, ainda diferenciou “elemento de prova” de “resultado da prova”, citando a doutrina de Antônio Magalhães Gomes Filho, que ressoou que o primeiro (elementos) figura como “dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção que interessa à decisão da causa”. Já o segundo (resultados), significa “a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato (GOMES FILHO, 2005, p. 309).

Regressando à égide do capítulo, a colaboração premiada como meio de obtenção de prova se dá em razão da consecução de coisas materiais, vestígios, indícios e declarações, abastecidos de capacidade probatória (BRASIL, 2015).

Não menos importante, o acordo de colaboração premiada não se confunde ou mistura com os demais depoimentos prestados pelo agente delator, tendo em vista que, enquanto a delação premiada configura meio de obtenção de prova, os depoimentos havidos pelo colaborador durante a persecução penal consistem em meios de prova, que, para representarem instrumentos hábeis para a condenação de um indivíduo, devem ser acompanhados de outros meios comprobatórios idôneos. A própria Lei n.º 12.850/13, em seu parágrafo 16, artigo 4º, corrobora com o aludido (BRASIL, 2015)⁴⁷.

A colaboração premiada também surge como um meio que possibilita a reparação dos danos resultantes da prática do ilícito, já que o Ministério Público pode fazer a inclusão de cláusulas que estipulem a perda de bens oriundos de crimes em favor de uma redução de pena – o que facilita a restituição ao erário dos valores obtidos de maneira indevida –, após a devida homologação pelo magistrado a fim de garantir que estejam presentes os requisitos da legalidade e da voluntariedade, conquanto o Juiz se mantenha vinculado aos termos negociais (BALTAZAR JÚNIOR, 2014, p. 1297).

A previsão do jurista alemão Winfried Hassemer, de que o Direito Penal, no futuro, teria por escopo a vítima – e não tanto o delinquente – parece se concretizar com as atuais tendências que foram trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro através da positivação do atual acordo de colaboração premiada pela Lei n.º 12.850/2013:

⁴⁷ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: III - sentença condenatória.

[...] um Direito Penal futuro levará (e deve levar) mais em consideração a vítima; há acentuações legais dos direitos de intervenção da vítima no processo penal, a reparação é um componente moderno e atrativo das teorias da pena, da determinação da pena e da práxis da execução penal, e em público a vítima sempre se manifesta de forma mais enérgica do que os político-criminais interessados. A teoria do Direito Penal e as teorias da Pena devem colocar a vítima mais no centro de suas concepções. Em todo caso, elas devem ter duas coisas em vista: impedir que a tensão dos polos entre as posições jurídicas sobre o autor e a vítima leve a um jogo de soma de zeros, no qual somente se pode dar a um aquilo que antes se retirou ao outro; e deixar claro que a vítima essencialmente mais ao centro da Política Criminal ingressará tão só como a pessoa lesada: ou seja, como qualquer um de nós (HASSEMER, 2013, p. 45-46).

Nota-se, portanto, que o acordo de colaboração premiada se torna um mecanismo para atenuar os prejuízos decorrentes da atividade criminosa – o que coaduna, sobretudo, com a tendência histórica que é vivenciada pelo direito brasileiro, na qual se busca, na maior medida possível, desenvolver procedimentos judiciais que possam ser mais céleres e eficientes.

Muito embora ainda subsista em relação à pena privativa de liberdade um jaez simbólico, os anos de prática carcerária permitiram verificar que as prisões não conseguem ressocializar o apenado, nem tampouco evitar a prática de novos crimes por parte dos reincidentes, mas apenas infringir a dor (ZAFFARONI, 1991, p. 11-12).

Todo esse contexto de falência das prisões brasileiras culminou na ascensão de ideais utilitaristas, tendo em mente os inúmeros problemas que a sociedade brasileira enfrenta, buscando introduzir no processo penal brasileiro institutos os quais, assim como o referido acordo, empenham-se na obtenção de melhores resultados.

Explica-se. Jeremy Bentham, autor responsável por fundar a teoria do utilitarismo, assim batizou o princípio ao perceber que a natureza humana possui “um eterno jogo de busca de prazer e de repúdio à dor”. Assim, o pensador determinou a utilidade como “a tendência humana de se evitar algum mal ou para obter algum bem” (SOUSA, 2020, p. 102). Os “melhores resultados”, mencionados anteriormente, são visualizados aqui, quando Bentham perquire a obtenção de algum bem.

A referida ascensão dos ideais utilitaristas, na conjuntura da falência das prisões, se dá muito em razão de Bentham enunciar que os governos em geral devem definir a segurança pública como o principal interesse da sociedade, motivo pelo qual o Estado detém autoridade de conceber normas penais (SOUSA, 2020, p. 103). Constata-se, fazendo um paralelo, que a colaboração premiada pode advir exatamente para salvar a sociedade da “falência” de suas sanções penais.

Até mesmo porque a teoria utilitarista prevê a garantia de uma “vida agradável” e eficiente na sociedade, atingindo o propósito final da comunidade: a felicidade. Não por acaso

a teoria da utilidade já foi batizada, anteriormente, de “teoria da maior felicidade” (SOUSA, 2020, p. 104).

Percebe-se, portanto, que a teoria utilitarista busca tratar a totalidade dos indivíduos com imparcialidade. Por isso, pode ser tido como “o ponto de interesse para encontrar o equilíbrio entre a necessidade de justiça e os direitos fundamentais dos réus”. Posto que empregar o utilitarismo em processos criminais garante a dignidade e o direito dos réus como finalidade intrínseca ao instituto, dado que a penalização funciona como uma consequência havida após um julgamento justo (SOUSA, 2020, p. 104-105).

Repara-se que a colaboração premiada se designa como um dispositivo de política criminal, que surge com a necessidade de maior eficiência no desempenho das funções do sistema Jurídico-Criminal.

Todavia, é primordial que respeite a indispensável tradição garantista do processo penal contemporâneo, existente sob a égide de um Estado Democrático de Direito, que obedece às garantias fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 255).

Neste espectro, a Justiça Consensual não deve ser vista somente como um instrumento eficiente para diminuir a carga de trabalho dos tribunais e reduzir custos processuais, afinal, o processo e seu desfecho também devem se dar de maneira proba, atingindo acabamento proveitoso para a sociedade como um todo (LEITE, 2013, p. 298).

Assim, o acordo de colaboração premiada é um instrumento processual que pode ser estrategicamente utilizado pela acusação, como meio de obtenção de prova, a fim de encarar e defrontar as problemáticas do aumento da criminalidade, circunstância que, por óbvio, sobrecarrega o aparato estatal, responsável por efetivar a justiça (LEITE, 2013, p. 298).

Por isso, a justiça consensual se manifesta como um novo modelo de processo penal, identificado como menos repressivo e fomentador da participação e do diálogo das partes, além do acesso à justiça. Em resumo, o consenso se molda como abordagem diferenciada com “amplas possibilidades de negociação entre acusação e defesa” (LEITE, 2013, p. 298-299)⁴⁸.

⁴⁸ Desde que respeitados, repita-se, os direitos e garantias fundamentais do colaborador, o que é um requisito essencial para a dinâmica de tal instituto, a fim de auxiliar a persecução penal e o desmantelamento das organizações criminosas, além de possibilitar a reparação dos danos resultantes dos ilícitos perpetrados.

2.3 Estratégia defensiva: negócio jurídico processual e momento do acordo

Do ponto de vista do investigado, a colaboração premiada decorre dos princípios da ampla defesa e da autonomia da vontade (MENDONÇA, 2017, p. 59), já que possibilita ao colaborador exercer uma espécie de direito de autodefesa, garantindo que possa dar sua versão dos fatos.

Além disso, trata-se de um meio de obter os benefícios que serão acordados, e que podem variar desde o perdão judicial, a redução de uma parcela da pena ou ao não oferecimento da denúncia.

A dinâmica do acordo de colaboração premiada muito reflete o chamado *Dilema do Prisioneiro*, formulado por Merrill Flood e Melvin Dresher, que se trata de uma narrativa que visa ilustrar um estado de coisas no qual a melhor estratégia para se obter a maior quantidade de benefícios é baseada na cooperação entre os jogadores (*in casu*, os sujeitos do processo penal) – o que também pode ser traduzido pelo denominado Equilíbrio de Nash:

Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os condenar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir? (SCHWARTSMAN, 2014, s/p).

Se um dos prisioneiros delatar, percebe-se que se torna mais vantajoso que todos envolvidos também o façam. Neste diapasão, em situações cujo lastro probatório é totalmente maléfico ao investigado e cujo trânsito em julgado lhe resultará um alto *quantum* de tempo de privação da liberdade, costuma, a doutrina dos Estados Unidos da América, utilizar a técnica do denominado *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (BATNA) (CORDEIRO, 2020, p. 57-62).

A teoria trata, em suma, de uma espécie de sopesamento que é feito entre as chances de condenação e a viabilidade do acordo, de modo que, quanto pior o cenário probatório, mais benéfica tende a ser a celebração do pacto, que será mais vantajoso ao investigado que a sentença penal condenatória.

A colaboração, então, pode ocorrer não só por razões morais de arrependimento do acusado, mas como estratégia defensiva, conforme bem coloca o doutrinador e ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Nefi Cordeiro:

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) (CORDEIRO, 2020, p. 36).

Além do mais, por intermédio do acordo de colaboração premiada, o investigado assume certo protagonismo no processo penal, porquanto se torna apto a estruturar, em conjunto com o Ministério Público, o conteúdo eficaz dos termos, de modo a não manter uma postura meramente passiva. Além de proporcionar soluções mais eficientes, tal dinâmica estimula o colaborador a dar todas as informações possíveis para promover o dismantelamento das organizações criminosas.

A utilização do referido negócio jurídico processual também é uma estratégia defensiva interessante para diminuir os prejuízos patrimoniais, já que, a teor do art. 91 do Código Penal e de seus dispositivos⁴⁹, além de eventuais indenizações decorrentes da prática do ilícito, o réu perderá todo o produto do crime em favor da União (NICOLLIT, 2018, p. 941-943).

Contudo, sob a ótica do réu, existe uma insegurança jurídica com relação à possibilidade de o acordo de colaboração dispor sobre os efeitos extrapenais de natureza processual da condenação. Ou seja, não há consenso na doutrina sobre a possibilidade de o investigado incluir no acordo cláusulas que resguardem alguns de seus bens em seu favor ou de seus familiares, o que será enfrentado no capítulo seguinte, por ser cerne da presente pesquisa.

Esse formato flexível, que não está presente no modelo tradicional de processo, é um dos grandes instrumentos, sobretudo, para o exercício da ampla defesa, haja vista que, em

⁴⁹ Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

determinadas situações, todo o lastro probatório existente é desfavorável ao acusado, de modo que sua condenação se torna um fato certo e quase que inevitável, fazendo com que a defesa busque tão somente meios de atenuar o *quantum* da pena e dos efeitos deletérios da condenação.

Contudo, há diversas críticas à barganha brasileira. Vinicius Vasconcellos é um expoente nesse sentido. O autor, em resumo, enunciou que: (i) a barganha serviria como entrave ao devido processo penal; (ii) também impediria o processo penal democrático; (iii) levaria à condenação de inocentes; (iv) voltaria ao ideal ultrapassado em que a confissão era a prova mais importante; (v) a acusação incidiria nas atribuições judiciais; e (vi) o julgamento e a ampla defesa seriam conspurcados.

Vasconcellos continua reverberando que o *plea bargaining* assumiria o risco de condenação de inocente, uma vez que a recusa do acusado em efetivar um ajuste poderia compreender em aumento da penalização, com a intimidação que a barganha traz consigo. O autor defende que o consenso não seria empregado apenas àquele indivíduo que seria condenado de qualquer forma, mas a pessoas que não praticaram qualquer delito, gerando, ao revés do esperado, uma situação de injustiça patente (SOUSA, 2020, p. 199).

Nicolás Garcia, apesar de ter assumido que a barganha, nos Estados Unidos, tenha apresentado proveitos no que tange à economicidade de tempo e dinheiro, entende que este não é o melhor instituto a ser aplicado em nível global, porquanto as desvantagens são maiores do que as vantagens (SOUSA, 2020, p. 199).

Garcia se serve dos mesmos argumentos de Vasconcellos, incluindo, ainda, (a) a ausência de compromisso do ministério públicos quando do ajuste; (b) a vontade de se evitar um julgamento processual a qualquer custo; e (c) a leniência com atitudes ilícitas. Ao final, justifica que o número de condenações ou sua diminuição não pode sofrer com a premente demanda pela eficácia do processo penal (SOUSA, 2020, p. 199).

Diversos outros autores criticam o instituto. Aury Lopes Júnior, aduziu que a barganha fere a garantia dos acusados de fazerem parte de um julgamento justo (SOUSA, 2020, p. 200). Rosimeire Ventura Leite também apresentou os “problemas práticos da justiça consensual penal brasileira”, que passa por realização de audiências coletivas, falta de esclarecimentos e obrigatoriedade da transação até carência de um juízo mais cuidadoso conquanto à temática (LEITE, 2013, p. 273-276).

Rosimeire enuncia que, em muitos casos, o consenso passa a significar uma espécie de “contrato de adesão”, sendo ótimo para as instituições, mas péssimo para as demais partes, capaz de ferir garantias fundamentais e o princípio mor do direito brasileiro, qual seja a dignidade da pessoa humana (LEITE, 2013, p. 273).

Leite expõe que, neste caso, a principal propaganda da justiça consensual se perde, “que é a proximidade e o estímulo ao diálogo”, prejudicando, também, o exercício da defesa, dado que as particularidades de cada caso em concreto não são analisadas (LEITE, 2013, p. 277).

O argumento de Rosimeire vai ao encontro do que mais tarde denunciou Marllon Sousa, quando, ao explicar a crítica social de sua teoria, expressa que a barganha serviria apenas para “aprisionar os pobres, as minorias não instruídas e para incrementar as disparidades raciais”. Sousa, tal qual Ventura Leite, assevera que, ao Estado, é vedado abordar os acusados como instrumentos para resguardar de tempo e dinheiro (SOUSA, 2020, p. 200-201).

Os exames contrários ao ajuste também revelam que muitos réus não conhecem o procedimento do consenso pela linguagem difícil que é própria do ambiente judicial, de maneira que é de suma importância que todas as possibilidades de conclusão sejam efetivamente apresentadas ao acusado, de forma acessível (LEITE, 2013, p. 274).

A transação como obrigação pode ser tida como outra problemática. Aqui, o judiciário deixa, até mesmo, de analisar mais sabidamente a tipicidade da conduta, o que, em algumas hipóteses, poderia levar, inclusive, ao arquivamento dos autos (LEITE, 2013, p. 275).

Neste caso, mais do que enuncia Marllon Sousa, quando adverte sobre a intitulada “crítica pragmática”, que aduz que a barganha serviria como mais uma norma “inútil” (SOUSA, 2020, p. 201), ela serviria, em verdade, como prejudicial.

Os pareceres narrados na obra “Justiça Consensual Penal: Do Modelo à Prática”, de Rosimeire Ventura Leite, entretanto, se adequa à crítica legal do livro “*Plea Bargaining* no Brasil”, de Marllon Sousa, que reverbera que o direito a um julgamento está garantido pelo devido processo legal, presente na Constituição da República Federativa do Brasil (SOUSA, 2020, p. 201).

Em razão do enorme volume processual, percebe-se que a justiça consensual acaba por priorizar a quantidade ao invés da qualidade da prestação do serviço jurisdicional, posto que o Brasil importou o instituto há não muito tempo, fato que demanda estudo e construção, dado que o cotidiano jurisdicional ainda está caminhando quanto ao seu firmamento (LEITE, 2013, p. 276).

O fundamental, portanto, não é que se esqueça da possibilidade da justiça consensual, mas que haja empenho em adequá-lo ao momento processual presente e a cada caso ou réu, reabilitando suas deformidades e para atingir maior qualidade por parte do serviço prestado pelos operadores do direito, na medida em que “os obstáculos que remanescem não justificam postura de aversão aos institutos consensuais penais” (LEITE, 2013, p. 276).

Por conseguinte, a já mencionada flexibilização do modelo tradicional do processo, enxergada quando se analisa a justiça consensual, pôde ser claramente verificada, com a aplicabilidade da Teoria dos Jogos no Processo Penal⁵⁰, no caso já aludido de Alberto Youssef, que, muito embora seja objeto de capítulo específico deste trabalho, deverá ser trazido brevemente à baila a fim de ilustrar as estratégias da defesa no âmbito do acordo de colaboração premiada:

Na primeira sentença proferida, oito pessoas foram condenadas à prisão, em um processo célere para os padrões da Justiça brasileira (cerca de um ano entre denúncia e sentença), sendo que seis desses réus foram condenados a pagar uma indenização de quase 19 (dezenove) milhões de reais à Petrobras para compensar os prejuízos sofridos por causa dos desvios de que foi vítima a companhia.

Foram aplicadas penas privativas de liberdade que variam de quatro a onze anos e seis meses de reclusão. Os primeiros réus colaboradores, Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, por sua vez, foram condenados, respectivamente – apenas nesse processo, eis que outros ainda serão julgados – a penas de nove anos e dois meses de prisão e sete anos e seis meses de prisão. O regime de pena acima de quatro anos impede a substituição por pena restritiva de direitos e a pena acima de oito anos tem que ser cumprida em inicialmente fechado.

Contudo, ambos os réus colaboradores cumprirão apenas as penas acertadas no acordo que firmaram com o Ministério Público: Alberto Youssef cumpre três anos de reclusão em regime fechado e Paulo Roberto Costa cumpre um ano de prisão domiciliar e, em seguida, um ano recolhendo-se ao domicílio apenas nos finais de semana (FONSECA, 2017, p. 222-223).

Para que o mecanismo da colaboração premiada possa funcionar bem, é de suma importância que se assegure o sigilo do conteúdo das negociações, sob pena de prejudicar os depoimentos e até de expor a vida do colaborador a graves riscos.

Com efeito, o investigado poderá sentir receio em fazer determinadas afirmações que possam comprometê-lo na região onde reside, no local de trabalho ou perante os demais coautores ou partícipes dos crimes confessados, por exemplo.

O Manual ENCCLA (denominado também de Manual da Colaboração Premiada), a fim de assegurar o máximo de sigilo ao colaborador (e, por conseguinte, de eficiência às informações que foram obtidas durante a oitiva), elucida em minúcias o procedimento a ser adotado após a redução a termo dos depoimentos prestados pelo investigado ao Poder Público:

Reduzidos a termo, as declarações e o acordo serão autuados em apartado, sob sigilo, e não devem ser apensados ao inquérito policial, nem nele mencionados. Sempre que possível, recomenda-se que, com a ciência do colaborador, as declarações sejam

⁵⁰ Concebida pelo matemático John von Neumann e pelo economista Oskar Morgenstern em 1944, a Teoria dos Jogos é empregada, dentre outras áreas, para guiar agentes do mercado financeiro, dirigir decisões de lances em leilões ou orientar estratégias de marketing.

No que se refere ao espectro criminal, a teoria assessora o poder público a entender se o oferecimento de benefícios no caso de uma colaboração premiada é efetivo ou não.

A teoria está completamente ligada ao Dilema do Prisioneiro, que, a despeito da visão do judiciário sobre a hipótese de delação, estuda a visão dos acusados pela aceitação ou não para contribuir com o Estado.

também registradas por meio audiovisual ou por gravação magnética, a fim de garantir a fidedignidade e evitar futuras negativas de autoria de declarações. Nas promotorias, procuradorias e repartições policiais em que haja sistema informatizado de controle processual, os autos da colaboração devem ser registrados em classe própria, sem vínculo público com os autos do inquérito policial, com sigilo de acesso e de sistema. Em hipótese nenhuma devem constar como apenso de inquérito. Até o recebimento da denúncia, apenas podem ter acesso aos autos da colaboração, além do delegado de polícia, o Ministério Público e o juiz, o próprio colaborador e o seu advogado constituído, o qual deve ter procuração específica para acesso ao procedimento.⁵¹

É necessário assegurar ao investigado não somente o sigilo das informações, mas os direitos e garantias fundamentais que lhe são inerentes, uma vez que a Justiça Penal Negociada deve ser interpretada em conformidade com os parâmetros principiológicos já existente tanto de ordem constitucional, como os princípios e as garantias fundamentais que são intrínsecos ao ideal de um processo legítimo, além da dignidade da pessoa humana, quanto processual-penal, como a ampla defesa e o contraditório.

Evidencia-se, portanto, que o acordo de colaboração premiada constitui uma estratégia processual aplicável tanto para a acusação – tendo em vista a principal problemática da justiça criminal brasileira, qual seja o encarceramento em massa e a ineficácia do processo penal (SOUSA, 2020, p. 176), -- quanto para a defesa nas hipóteses em que o colaborador manifeste os fatos de que tem compreensão bem como quando a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Neste caso, constitui um direito subjetivo do delator, sem olvidar que a extensão e profundidade das informações prestadas motiva a dimensão do benefício a ser pactuado (BRASIL, 2015, p. 52-57), favorecendo, portanto, ambas as partes quando o devido processo legal é respeitado.

Afinal, seja pelo dismantelamento da organização criminosa, seja pela concessão de benefícios ao colaborador quando este se encontrava numa situação processual desfavorável ou com grande chance de condenação, todos os jogadores envolvidos acabam por obter maiores êxitos quando seus esforços são combinados em prol de um bem maior.

2.4 A (im)possibilidade da delação cruzada

A colaboração cruzada, recíproca ou *mutual corroboration*, é definida como a probabilidade de delação posterior revalidar delação anterior. Ou seja, constitui a hipótese de reafirmação de um mesmo fato em duas colaborações distintas (isto é, idênticas fontes probatórias) (PEREIRA, 2019, p. 257).

⁵¹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em: 17 dez. 2020.

Não obstante o acordo de colaboração premiada seja tema de diversos artigos acadêmicos, sua natureza jurídica ainda é controvertida, ainda mais quando se exprime o ideal da delação cruzada.

Adianta-se, porém, que em face dos interesses públicos envolvidos, sob o ponto de vista processual, a jurisprudência e a doutrina caminham em direção ao entendimento de que tal instrumento se trata de uma espécie de meio de obtenção de prova e como via de defesa para o colaborador, conforme visto no capítulo antecedente.

Contudo, não se deixa de reconhecer também que, em seu aspecto formal, o instrumento de elaboração do referido acordo traduz o viés de um sinalagma (obrigações recíprocas) que vincula tanto o investigado quanto o Ministério Público após a homologação de seus termos (o que, em certa medida, mitiga a noção de que seria um mero meio de obtenção de prova), porquanto: “A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado” (DIDIER JUNIOR; BOMFIM, 2016, p. 192).

Quanto à forma, portanto, inevitavelmente, se trata de negócio jurídico no qual ambas as partes realizam concessões recíprocas, já que é meio apto a dimanar direitos, deveres, ônus e outras situações jurídicas, de maneira bilateral, podendo o Ministério Público e o investigado efetuar tanto convenções de ordem processual, no que tange ao processo e às suas garantias, quanto convenções atinentes ao direito material, que se referem à imputação, à pena e aos efeitos extrapenais (SILVA, 2010, p. 57).

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça, com esboço na noção de que o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual capaz de assumir feição de meio de obtenção de prova, que:

A colaboração premiada é técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem.⁵²

Mostra-se necessário relembrar que meio de prova, influência direta à cognição do juiz (como é o caso de uma prova documental), não é a mesma coisa de meio ou instrumento de obtenção de prova, cuja finalidade é a obtenção de elementos aptos a convencer o julgador

⁵² STJ, HC 69.988, 5a T., Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 7-11-2016.

(BADARÓ, 2017, p. 128-132). Assim delimita a distinção entre meio de prova e meio de obtenção de prova o jurista brasileiro Antônio Magalhães Gomes Filho:

Os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo). Com base nisso, O Código de Processo Penal Italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os *mezzi di prova* (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os *mezzi di ricerca della prova* (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas etc.), que não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público (GOMES FILHO, 2005, p. 303-318).

Igualmente caminhou o voto do ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, durante o julgamento da denominada Pet. 5.700, oportunidade na qual ressaltou, com base na Convenção de Palermo (artigo 26) e na Convenção de Mérida (artigo 37), que o acordo de colaboração premiada se trata de meio de obtenção de prova, e não de meio de prova:

Não se desconhece que o instituto da colaboração premiada, especialmente nos termos em que disciplinado pela Lei n.º 12.850/2013 (arts. 4º a 7º), vem sendo reconhecido por esta Suprema Corte, com apoio no magistério doutrinário (VALDOIR BERNARDI DE FARIAS, “Delação Premiada: constitucionalidade, aplicabilidade e valoração”, p. 135/158, 153, “in” “Temas Contemporâneos de Direito”, org. por José Carlos Kraemer Bortoloti e Luciane Drago Amaro, 2009, Méritos Editora, v.g.), que o qualifica como relevante instrumento de obtenção de prova, e não como meio de prova (HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno), refletindo, em seu tratamento normativo, o que se delineou, no plano das relações internacionais, na Convenção de Palermo (Artigo 26) e na Convenção de Mérida (Artigo 37), ambas subscritas pelo Brasil e formalmente já incorporadas ao sistema de direito positivo interno de nosso País em virtude da promulgação, respectivamente, do Decreto n.º 5.015/2004 e do Decreto n.º 5.687/2006.

Feitas as breves considerações sobre a natureza da colaboração premiada, que pode ser sintetizada como um meio de obtenção de prova que é formalizado por intermédio de um negócio jurídico de caráter processual⁵³, como destacado em tópico específico no Capítulo 1 (afinal, a voluntariedade é *conditio sine qua non* de sua realização), é oportuno analisar o fenômeno conhecido como colaboração premiada cruzada ou recíproca, bem como se é aceita ou não pelo Poder Judiciário.

⁵³ Segundo a doutrina e a jurisprudência, como, por exemplo, Marllon Sousa (SOUSA, 2020, p. 171) e o próprio *Habeas Corpus* objeto da presente dissertação (STF, Habeas Corpus n.º 127.483/PR. Relator Ministro Dias Toffoli. Plenário, 27.08.2015. Fls. 11-28)

A questão controversa diz respeito à possibilidade de se proferir sentença penal condenatória apenas com base nos acordos de colaboração premiada que, de maneira conjunta, apontam como autor de determinado delito um mesmo responsável.

Ou seja, trata-se de investigar se a convergência entre os investigados no que concerne à autoria e a materialidade dos fatos é suficiente para fundamentar, com exclusividade, a condenação de outro réu que sequer participou do referido acordo. Seria, portanto, uma análise de sua eficácia probatória perante o Juízo Criminal.

Em outros termos, a intitulada delação cruzada ou recíproca diz respeito à uma colaboração confirmada por outra. Isto é, o réu ‘A’ e o indivíduo ‘B’ atribuem o mesmo fato ilícito ao acusado ‘C’. Neste caso, as informações são suficientes e bastantes para fundamentar a condenação do referido corréu ‘C’? (BADARÓ, 2015)⁵⁴.

Oportuno salientar que tal negócio jurídico processual constitui, essencialmente, um instrumento de edificação da dignidade humana – assim como todos os institutos existentes no ordenamento jurídico, porquanto não podem vilipendiá-la sob nenhuma circunstância, dado que se trata da própria *ratio essendi* do Estado.

Constata-se, assim, que não basta que as declarações prestadas pelos agentes colaboradores, sejam “sólidos, coerentes e constantes”, sendo indispensável que haja outros elementos comprobatórios que corroborem com o narrado, a fim de atestar sua veracidade (PEREIRA, 2019, p. 257).

Consequentemente, é imprescindível que se garanta ao réu a plena eficácia do princípio da presunção da inocência, sendo vedado presumir que alguém é culpado sem que haja condenação, uma vez que este é um desdobramento ao respeito da dignidade humana, que visa a impedir a privação arbitrária da liberdade:

O princípio da presunção de inocência não passa de um desdobramento lógico e adequado ao respeito pela dignidade da pessoa humana, não se devendo considerar culpado alguém ainda não definitivamente julgado. Tal justa medida não tem o condão de impedir coerções à liberdade, quando indispensáveis para a situação concreta, visando à esmerada apuração dos fatos. A harmonização dos princípios constitucionais é desejável e não pode sofrer de radicalismos: tornar-se réu não significa encarceramento imediato; ser presumidamente inocente não confere imunidade para fugir à aplicação justa da lei penal. No processo penal, portanto, busca-se enaltecer o ser humano, resguardando a segurança pública na exata proporção da necessidade (NUCCI, 2020, p. 56).

Ainda que se considere a enorme utilidade que o negócio jurídico em questão possui para fins de auxiliar no dismantelamento das organizações criminosas, na localização do

⁵⁴ Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/gustavo-badaro-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13-fev-de-2015.html>. Acesso: 9 mar. 2022.

produto do crime, de outros delitos e autores, deve-se lembrar que tal acordo não é, em si, um meio de prova, mas um instrumento para sua produção.

Por este motivo, há uma imensa fragilidade em considerar que uma delação premiada – ou diversas delas, ainda que convergentes – possam sustentar, com exclusividade, a condenação do réu, sem que isso imponha violações à segurança jurídica e ao princípio da presunção de inocência (BADARÓ, 2015).

Não se olvida que o artigo 4º, parágrafo 16, da Lei n.º 12.850 enuncia que “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador”. Na verdade, a colaboração é consagrada como “fonte impura”, dotada de certo descrédito valorativo, ante à sua origem.

Gustavo Badaró defende, conseqüentemente, que é melhor que se absolva delatado culpado do que se condene pessoa inocente, mesmo que, contra ela, apresentem-se corroborações recíprocas (BADARÓ, 2015).

Por ser considerada pela jurisprudência e pela legislação pátria⁵⁵ como uma “fonte de conhecimento menos segura”, dado que as declarações do delator carecem de confiabilidade, uma complementação hábil para atingir eventual condenação jamais poderia se concentrar nos discursos de outro colaborador (PEREIRA, 2020, p. 258).

Certamente, se aliada ao lastro probatório já existente, é possível que a colaboração premiada seja utilizada em detrimento daquele que foi apontado como autor nos diversos depoimentos colhidos durante a celebração de acordos de tal jaez no contexto da persecução penal contra as organizações criminosas. Em tal caso, as provas obtidas apenas respaldam as outras que estão presentes nos autos, exercendo uma função subsidiária.

Durante o julgamento do HC 127.483/PR, o Ministro do Supremo Tribunal Federal José Antônio Dias Toffoli destacou a importância de que a condenação só deve ser realizada com base numa colaboração premiada se houver outros meios idôneos de prova que convirjam no mesmo sentido, de modo que não se pode atribuir valor probatório em demasia aos depoimentos prestados pelo investigado⁵⁶, conforme trecho de seu voto proferido em sede do mencionado *Habeas Corpus*:

⁵⁵ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: III - sentença condenatória.

⁵⁶ No mesmo sentido: Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade? Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de

Como se observa, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito. 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. Nesse sentido, dispõe o art. 4º, § 16, da Lei n.º 12.850/13 que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Destacou ainda o Ministro, na mesma oportunidade, que seu voto se respaldava em jurisprudência pacífica da Suprema Corte:

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, há muito, assentou o entendimento de que “a delação, de forma isolada, não respalda condenação” (HC n.º 75.226/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 19/9/97), e de que “a chamada de corrêus, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação”, mas tão somente “como elemento ancilar da decisão” (HC n.º 90.708/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13/4/07). Mais recentemente, na AP n.º 465/DF, Pleno, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/10/14, o Supremo Tribunal Federal voltou a ressaltar que a delação de corrêu não pode servir como elemento decisivo para a condenação.

À vista disso, a condenação só deve ser realizada com base numa colaboração premiada se houver outros meios idôneos de prova que convirjam no mesmo sentido, de modo que não se pode atribuir valor probatório em demasia aos depoimentos prestados pelo investigado⁵⁷.

Tal entendimento se mostra razoável, uma vez que coaduna com a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, assim como assinalou o Ministro Toffoli, mencionado por Edson Ribeiro⁵⁸, sendo meio de obtenção de prova – e não meio de prova propriamente dito –, não há de se esperar que ele possa, por si só, impor a condenação do réu se as outras provas eventualmente inferidas pelos depoimentos do acordo não se mostrarem aptas a ensejar o

grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas” (BADARÓ, 2015, p. 28).

⁵⁷ No mesmo sentido: Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade? Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas” (BADARÓ, 2015, p. 28).

⁵⁸ RIBEIRO, Edson. A natureza jurídica da delação premiada e suas consequências. Em 28 de Outubro de 2019, Conjur. Acesso em: 15 mar. 2022.

advento de sentença penal condenatória. Por isso, não pode o Estado se valer unicamente do referido negócio jurídico processual para decidir em desfavor do réu (LAUAND, 2008, p. 146).

Como visto, em seu aspecto formal, o referido instituto representa um negócio jurídico processual e, por conseguinte, um instrumento contratual que necessita da anuência de ambas as partes para sua celebração – ou seja, há de se considerar os aspectos volitivos envolvidos.

Afinal, não há, a rigor, nenhuma garantia de que o investigado não irá, em alguma medida, omitir informações ou falseá-las em seu proveito, o que pode, indubitavelmente, envolver a atribuição de culpa a outrem. O pior é que, pelo já mencionado Dilema do Prisioneiro⁵⁹, nada obsta que todos os colaboradores busquem incriminar uma única pessoa a fim de se distanciarem do ilícito penal.

Não significa, entretanto, que o acordo de colaboração premiada não possa ser utilizado em desfavor do réu, porquanto, confirmada a presença de outros elementos indispensáveis para verificação da autoria e da materialidade do crime objeto da persecução, não há óbice em se valer dos depoimentos colhidos durante a celebração dos termos:

Modernamente, Munhoz Conde adverte que dar valor probatório à declaração do corréu implica abrir a porta para a violação do direito fundamental à presunção de inocência e a práticas que podem converter o processo penal em uma autêntica frente de chantagens, acordos interessados entre alguns acusados, entre a Polícia e o Ministério Público, com a conseqüente retirada das acusações contra uns, para conseguir a condenação de outros. Entre negar qualquer valor probatório à delação premiada, de um lado, ou dar-lhe valor pleno, de outro, é possível adotar um caminho intermediário: admitir a delação premiada, mas com valor probatório atenuado (BADARÓ, 2015, p. 27).

Demonstra-se, portanto, que a chamada colaboração premiada cruzada ou recíproca não pode ser utilizada como único fundamento para decretar a prisão preventiva do réu, nem tampouco para proferir sentença penal condenatória em seu desfavor, uma vez que a prova, mesmo que aplicável, é conceituada como “contaminada” pela sua gênese, sustentando certo desabono apreciativo (BADARÓ, 2015).

Aos meios probatórios, se impõe, em homenagem ao princípio da presunção de inocência e dos preceitos de um Estado Democrático de Direito⁶⁰, a observância acerca da

⁵⁹ Nefi Cordeiro, citando Mauro da Fonseca (2017), explica que a estratégia de manter silêncio ou ficar na insegurança de que o outro corréu pode delatar primeiro, leva às colaborações interessadas, favorecendo Ministério Público, por fim. (CORDEIRO, 2020, p. 63).

⁶⁰ Nesse sentido: “Daí a importância da nova Lei das Organizações Criminosas: sem descuidar da proteção dos direitos e garantias fundamentais do colaborador - a título de exemplo, seu art. 4º, §15, demanda a presença de defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, constando do art. 5º inúmeros direitos do colaborador -, a Lei nº 12.850/ 13 passa a conferir mais eficácia à medida sob comento, seja por regulamentar expressamente a celebração do acordo de Colaboração Premiada, dispondo sobre a legitimidade para a proposta, conteúdo do acordo e necessária homologação judicial, seja por prever expressamente que nenhuma

existência de outros elementos que possam coadunar com os depoimentos colhidos em sede do acordo de colaboração premiada.

2.5 Do direito subjetivo do colaborador à sanção premial

A colaboração premiada, enquanto negócio jurídico, já foi tratada enquanto “exclusivo favor de pena, concedendo ao juiz o poder de reduzir a resposta penal daquele acusado que colaborasse eficazmente em prol da persecução penal” (CORDEIRO, 2020, p. 23).

Segundo o mesmo autor, com a alteração da legislação de base, “a negociação passa a se dar em qualquer fase processual e a ser o caminho ordinário para os favores da colaboração premiada” (CORDEIRO, 2020, p. 23).

A negociação, conforme Cordeiro, pode levar a algum tipo de minorante ao final do processo de persecução penal, se tratando de negócio jurídico que gera discussões a respeito dos critérios adotados pela lei e da flexibilização de “princípios clássicos de segurança pública, de obrigatoriedade, de não autoincriminação, de contraditório. É a opção pela celeridade e eficiência no processo penal, com a concordância do acusado” (2020, p. 24).

Em jogo, estão diversas esferas de direitos e consequências, que ultrapassam em muito o âmbito de liberdade de atuação pessoal do negociante. Assim, foi aberta discussão a respeito da possibilidade de o resultado da colaboração premiada ser um direito subjetivo, podendo ser evocado a partir do entendimento de que o negócio jurídico está baseado em lei.

Segundo o art. 3-A da Lei 12.850/2013, “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. Isso significa que há reconhecimento pelos instrumentos jurídicos formais da natureza do instituto.

Uma vez estabelecido o negócio e vencidos os requisitos de admissibilidade, há que se conferir o resultado fático da colaboração, medido por meio do impacto provocado na persecução criminal correspondente.

De acordo com a Lei 12.850/2013:

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

sentença condenatória poderá ser proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador.” (LIMA, 2014, p. 737).

- 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.
- § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Portanto, há aqui um acordo negociado, que deverá ser submetido a controle legal antes de homologado e que, uma vez homologado, gera uma espécie de contrato – lei entre as partes. Ao final, analisa-se o resultado das informações reveladas pelo negociante, de modo a analisar o grau de incidência e o cumprimento dos objetivos regulados pela Lei de regência.

Trata-se, desta forma, de negócio que estará sujeito a cumprimento após atingidas todas as condicionantes legais, salvo repactuação bilateral ou descumprimento do acordo.

Para tanto, é preciso destacar que a colaboração premiada é negócio jurídico bilateral, tratando-se de meio de obtenção de prova como causa para a acusação e reflete verdadeira estratégia defensiva para o acusado e sua defesa.

A reserva de jurisdição, norteadada pelo princípio da legalidade, exige que, a depender do caso concreto, haja o reconhecimento dos benefícios subjetivos e sua devida aplicação, não podendo ser dispensado ao tema uma visão privatista.

É justamente por meio da cooperação unilateral, a partir do acordo bilateral, que se permite o controle da atividade do Ministério Público, no papel de negociador, em proveito do direito do colaborador.

Assim sendo, há total suporte à teoria de que o prêmio se faz direito subjetivo do colaborador quando cumpridos os requisitos acordados por meio do negócio jurídico firmado. Por mais debates que caibam a este respeito, a corrente atualmente majoritária nesta discussão prega que:

Portanto, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador (BRASIL, 2015, p. 54).

O cumprimento de um acordo de colaboração premiada, no fim, que esteja cumprindo os requisitos legais e alcance os resultados pretendidos a partir da análise do permissivo legal, dificilmente poderá deixar de ser um direito subjetivo do colaborador.

O mandamento da boa-fé objetiva e o da segurança jurídica tornam mandatório o respeito aos termos do negócio jurídico firmado.

A doutrina oposta se apoia no exato sentido de ser um negócio bilateral, mas que, por ter sua origem na autoridade (Delegado de Polícia ou ao membro do Ministério Público), a avaliação de sua possibilidade embrionária, qual seja: a proposta, esbarra no crivo de discricionariedade pela adequação, à luz da estratégia investigativa – ou dos (limitados) poderes de investigação, considerando-se ainda a repercussão e a gravidade do fato criminoso relatado (MENDONÇA, 2017).

No caso do paradigmático HC nº 127.483, restou expressamente definido que, em nome dos princípios da confiança e da segurança jurídica, o Estado tem o dever de honrar o compromisso (a proposta) assumido no acordo de colaboração, concedendo a devida sanção premial, reconhecido o direito subjetivo do colaborador, sendo essa a legítima contraprestação pelo adimplemento da obrigação, que, por sua vez, foi inicialmente oferecida por escolha do titular da ação.

Por fim, ainda que se discuta a eventual discricionariedade do juízo para cumprimento do negócio firmado a partir da escolha de verbo do dispositivo de regência (*poderá*), há que se preservar a proteção da confiança e a lealdade do Poder Público para com os cidadãos, sobretudo para não incidir em comportamento processual contraditório e temerário, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.6 Da personalidade do agente e do descumprimento do acordo de colaboração firmado anteriormente

O acordo de colaboração premiada, independentemente da importância para o (i) desmantelamento das organizações criminosas; (ii) para esclarecimentos sobre o crime e suas coautorias; ou (iii) para a localização do patrimônio objeto do crime, é um instituto polêmico que causa muita controvérsia, uma vez que envolve situações que são concebidas pelo imaginário coletivo como uma forma de impunidade e leniência. Assim, afirmam João Rafael de Oliveira e José Luiz de Mendonça Galvão Júnior⁶¹, favorecendo o entendimento de Marcos Paulo Dutra, que se posiciona no sentido de que esse instituto surgiu como forma alternativa de

⁶¹ OLIVEIRA; GALVÃO JÚNIOR. Colaboração Premiada: Direito Subjetivo do Acusado ou Poder Discricionário do Ministério Público? 2019, p. 3.

resolução de conflitos penais, marcadamente pela despenalização (OLIVEIRA e GALVÃO JÚNIOR, 2019, p. 3).

Os veículos midiáticos contribuem para gerar desconfiança por parte da população acerca da possibilidade de a justiça penal negociada efetivamente produzir algum resultado positivo para a população em geral (SANTORO, 2020, p. 83-85).

Um dos aspectos mais problemáticos do referido acordo de colaboração premiada é a personalidade do investigado, pois a Lei n.º 12.850/2013 não veda, *prima facie*, a celebração do acordo com pessoas que praticam crimes de maneira reiterada, nem tampouco de pessoas que são mal vistas pela sociedade, dado que o objetivo central de tal instituto é tão somente oferecer informações relevantes para a persecução penal – e não avaliar se tais diretrizes foram disponibilizadas por alguém moralmente reprovável.

Outrossim, inexistente óbice expresso quanto à formalização de um novo negócio jurídico processual de tal jaez com aqueles que já o descumpriram anteriormente:

Com efeito, não há sentido que a lei exija critérios para os beneficiários da colaboração a tal ponto de inviabilizar a própria legislação. Ora, os componentes de uma organização criminosa são investigados pela prática de crimes graves. Portanto, a personalidade do delator não é requisito de existência ou validade do acordo, mas deverá ser considerada em relação aos benefícios previstos em caso do adimplemento contratual (RODRIGUES, 2019, p. 178).

A matriz do acordo de colaboração premiada, conforme visto, é utilitarista, posto que fundamentado em confissões voluntárias dos acusados, visando sentenças mais amenas – com reverência ao que preceituam os direitos fundamentais (SOUSA, 2020, p. 238).

Em síntese, a filosofia utilitarista concebida por Jeremy Bentham⁶² e lapidada por John Stuart Mill⁶³ defende que o valor moral de uma ação depende da felicidade e prazer que propicia para a coletividade – ou ao maior número de pessoas. Os pensadores utilitaristas concordam que o escopo fundamental do instituto é melhorar o mundo, aumentando e aperfeiçoando a felicidade e reduzindo a dor e o sofrimento (SOUSA, 2020, p. 102-103).

Evidente que pensar na justiça consensual brasileira somente como procedimento apto a diminuir a carga processual dos tribunais pátrios, dando a sensação de “eficácia” dos

⁶² Bentham (economista, jurista e filósofo inglês) foi pioneiro quanto ao utilitarismo, sendo a pessoa a conceber a teoria da utilidade. Autor da obra "Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação". Para ele, os indivíduos devem preconizar ações que geram prazer coletivo. Desta forma, os resultados dos atos são tidos como mais significativos do que o próprio ato. Bentham ainda enuncia que caso seja inevitável passar por um momento de dor para que a coletividade alcance o prazer, assim deve ser feito, buscando, sempre reduzir os prováveis danos.

⁶³ Mill (filósofo e economista britânico) aperfeiçoou o utilitarismo conquanto à “qualidade das ações”. Para ele, o prazer não pode ser reparado apenas do ponto de vista quantitativo (tempo e intensidade). Autor da obra literária "Utilitarismo", publicado em 1861.

julgamentos, aplicando sanções de maneira mais célere e simplificada, não é suficiente para o sistema penal do Brasil. Veja-se que a teoria da utilidade pode ser bem executada em respeito às demais urgências nacionais, isto é, obedecendo os direitos fundamentais, presentes na Constituição Federal (SOUSA, 2020, p. 238).

Até porque os referidos direitos fundamentais dos acusados possuem “efeito vinculante” com relação a todas as demais normas nacionais. Por assim dizer, o emprego do princípio da utilidade – ou da maior felicidade – nos julgamentos, a fim de abreviar a persecução penal, é perfeitamente cabível e harmonizável com os direitos constitucionais e processuais penais, tais quais da ampla defesa e do devido processo legal. Basta, para tanto, que se avalie as reprovações havidas no modelo de *plea bargaining* dos Estados Unidos, ajustando-os às especificidades brasileiras (SOUSA, 2020, p. 238).

Se a contribuição do investigado possui aptidão para subsidiar o processo, satisfazendo, portanto, os requisitos da utilidade e do interesse público que foram elencados na atual redação do art. 3º-A da Lei n.º 12.850/2013⁶⁴, pouco se mostra relevante para fins jurídicos se o agente possui boa ou má personalidade.

É certo que possuir uma boa personalidade é um elemento que poderá gerar maiores benefícios ao investigado durante a estruturação dos termos do acordo:

Segue não premiada a boa intenção, mas a eficiência do resultado passa a ser sopesada também com a boa personalidade e a grande dimensão gravosa do crime para justificar acordos mais vantajosos ao colaborador. Quanto mais eficaz o colaborador, melhor inserido na sociedade (como integrante honesto, que contribui para o bem comum), e, quanto mais grave o crime dos corréus, maiores os favores prometidos (na negociação) e concedidos (mesmo diretamente pelo juiz) (CORDEIRO, 2020, p. 35).

Inclusive, o § 1º do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013⁶⁵ possui expressa previsão normativa de que os benefícios concedidos levarão em conta a personalidade do colaborador, as circunstâncias e a gravidade do crime, dentre outros fatores. De outro lado, a jurisprudência também reconhece que a personalidade do investigado, por si só, não pode ser um óbice para a celebração do acordo de colaboração premiada.

No HC n.º 127.843/PR ora detalhado do Supremo Tribunal Federal, o Relator Ministro Dias Toffoli asseverou que a personalidade do agente não é elemento que afeta a validade do acordo,⁶⁶ servindo tão somente para sopesar os benefícios:

⁶⁴ Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

⁶⁵ § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

⁶⁶ Pág. 42 do voto do Min. Toffoli diz “a lei n.º 12.850/13 não erigiu a avaliação da personalidade do colaborador em **requisito de validade** do acordo de colaboração”, mas eu coloquei como o solicitado.

O art. 4º, § 1º, da Lei n.º 12.850/13, prevê que, “em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”. Esse dispositivo não erigiu a avaliação da personalidade do colaborador em requisito de validade do acordo de colaboração. Dado o próprio conceito legal de associação criminosa, previsto no art. 1º, § 1º, da Lei n.º 12.850/13, (“considera-se 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”), é natural que seus integrantes, em tese, possam apresentar uma personalidade desajustada ao convívio social, voltada à prática de crimes graves.

Até porque a própria natureza criminal pressagia que o indivíduo que participa do acordo de colaboração premiada não possui uma personalidade totalmente ajustada ao convívio social: “O instituto da colaboração premiada, aliás, seria inócuo ou encontraria rara aplicação caso fosse voltado apenas a agentes de perfil psicológico favorável”.

Por isso, é possível constatar, pelo julgamento do HC objeto da presente, que a personalidade do agente pode ser considerada enquanto elemento para mensurar os benefícios e estabelecer as cláusulas do acordo, como, por exemplo, a seleção da sanção premial que será oferecida ao delator e o momento de sua aplicação, mas não para determinar a feitura ou não do referido negócio jurídico processual, porquanto a própria lei, em seu art. 3º-A, não fez nenhuma ressalva nesse sentido (BRASIL, 2015, p. 43).

Percebe-se, portanto, que a justiça consensual deve respeitar o “efeito vinculante que os direitos fundamentais dos réus têm no Brasil”, não sendo utilizado apenas para agilizar o julgamento de casos criminais e desafogar os Tribunais pátrios (SOUSA, 2020, p. 238), servindo como amparo para as problemáticas processuais penais, não como mais uma adversidade a ser contornada.

Mesmo porque a base utilitarista intrínseca à matéria se encontra exatamente no ajuste às necessidades da coletividade, o que incorpora, neste diapasão, a “urgência da eficácia do julgamento criminal” e a reverência aos direitos fundamentais (SOUSA, 2020, p. 238), alcançados a partir da Constituição de 1988, a duras penas, não suficiente que apenas um ou outro seja aceitável (ou a eficácia ou os princípios fundamentais).

Um dos momentos de maior popularização do acordo de colaboração premiada no mundo, que foi o contexto de combate contra as máfias italianas do século XX, por exemplo, não teria ocorrido se a personalidade dos agentes que decidiram formalizar os termos contratuais fosse um fator determinante para sua feitura (isto é, uma *conditio sine qua non* para a realização do acordo), dada a própria natureza dos crimes objeto da persecução pelo Poder Público:

O instituto da colaboração premiada, aliás, seria inócuo ou encontraria rara aplicação caso fosse voltado apenas a agentes de perfil psicológico favorável. Estivesse a possibilidade de colaboração processual subordinada à personalidade favorável do agente, jamais se teria obtido, na Itália, a colaboração de inúmeros *pentiti* (arrepentidos) da *Cosa Nostra*, comprometidos até a medula com o crime organizado, como Tommaso Buscetta, Leonardo Messina, Salvatore Contorno, Antonino Calderone e Francesco Marino Mannoia (o melhor químico da máfia, responsável pelo refino de toneladas de heroína para diversas *famiglie*), que desvenderam sua estrutura e forma de atuação para o juízes Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, “de todos os pontos de vista possíveis” (FALCONE; PADOVANI, 2012, p. 77).

Não cabe ao Estado ser censor moral de ninguém, nem tampouco do colaborador. Se preenchidos os requisitos necessários e suficientes para celebração do acordo de colaboração premiada – e o interesse público assim o recomenda –, torna-se irrelevante a personalidade do agente.

Trata-se, como se pode perceber, de um cálculo de cunho eminentemente utilitarista – isto é, conforme o mundo melhora, potencializa-se a felicidade da sociedade, diminuindo danos, dor e sofrimento – que se baseia na proporcionalidade *stricto sensu*⁶⁷ para orientar eventual feitura do referido negócio jurídico processual.

Até mesmo porque o princípio da utilidade se baseia na razão e na lei. Pelo que assim expressa Jeremy Bentham

O princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei. Os sistemas que tentam questionar este princípio são meras palavras e não uma atitude razoável, capricho e não razão, obscuridade e não luz (BENTHAM, 1974, p. 09-10).

Mesmo que o investigado possa ser rotulado como “criminoso profissional”, e tenha praticado delitos durante toda sua vida, não existe óbice legal no que tange à possibilidade de celebrar o referido acordo, porquanto se visa à utilidade que ele irá proporcionar à persecução penal.

Conforme o clássico brocardo jurídico, onde o legislador não fez nenhuma distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo (CARVALHO, 1997, p. 19), não se mostrando razoável efetuar tal exclusão, porquanto, a bem da verdade, ela contraria a própria natureza do instituto em exame, dado que se almeja celebrar o acordo com alguém que possua relevantes informações

⁶⁷ Sobre o conteúdo eficaz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito: “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).

sobre a organização criminosa – e, certamente, essa pessoa poderia ser facilmente enquadrada como uma “criminosa profissional”.

Não se mostra pertinente a análise de descumprimento anterior de acordo de colaboração premiada que fora celebrado numa outra oportunidade, haja vista que não é requisito para sua nova feitura o histórico relativo ao investigado no que concerne seu comprometimento com os termos que foram estipulados.

Após homologado, o seu descumprimento acarretará, por óbvio, a rescisão, bem como a perda de todas as vantagens que foram pactuadas (MARQUES, 2019, p. 192), mas não se pode falar em efeito prospectivo de sua resolução sobre os negócios jurídicos futuros.

Tal descumprimento não tem o condão de afetar a celebração de um acordo de colaboração premiada vindouro. Afinal, seria quase uma afronta à presunção da inocência fazê-lo, pois não se pode pressupor que o investigado descumprirá o acordo sem sequer lhe fornecer uma nova oportunidade.

Desta feita, tanto a personalidade do agente quanto ao descumprimento dos termos negociais anteriormente homologados não são fatores aptos a inviabilizar a feitura de um novo acordo de colaboração premiada, dado que a “confiança” no delator não consiste em existência ou requisito de validade da colaboração premiada, pois, se assim o fosse, a própria essência do instituto estaria contrariada:

Pretender que o Estado deva confiar na pessoa do delator, além da indesejável subjetividade que permearia esse juízo de valor, contrariaria a própria essência do instituto da colaboração premiada, que se volta a integrantes de organização criminosa, os quais não se qualificam exatamente como cidadãos de ilibada reputação ou paradigmas do *bonus pater familias* (BRASIL, 2015, p. 45).

O investigado poderá, caso haja consentimento, fazê-lo, desde que preenchidos os requisitos legais da utilidade e do interesse público, previstos pela Lei n.º 12.850/2013, que são os verdadeiros parâmetros em relação aos quais devem se atentar o Ministério Público e o Juiz.

3 DA POSSIBILIDADE DE TRANSACIONAR O PRODUTO DO ILÍCITO

3.1 A convenção de Palermo e a Convenção de Mérida

Importante para o tema é a análise do cenário internacional e, em especial, dos tratados que foram ratificados pelo Brasil, que podem influenciar na matéria do acordo de colaboração premiada (e, por conseguinte, na possibilidade de transacionar o produto do ilícito), como é o caso das chamadas Convenções de Palermo e de Mérida.

Antes de adentrar especificamente no cerne do presente tópico, é necessário compreender o contexto mundial que levou à incorporação dos dois mencionados tratados internacionais em nossos ordenamentos jurídicos, o qual traduz uma crescente preocupação com a criminalidade organizada.

As organizações criminosas, devido à alta capacidade de estruturação de suas atividades e da expansão para além das fronteiras, tornaram-se um fenômeno capaz de afetar toda a comunidade global, fazendo com que diversos países buscassem o desenvolvimento de mecanismos de cooperação internacional, como tratados e convenções, a fim de estabelecer as melhores estratégias para combater de modo conjunto a criminalidade organizada e, em especial, o narcotráfico.

Com o avanço da globalização, tais organizações têm aumentado sua influência em praticamente todo o mundo, dado os poderes econômico e bélico que muitas delas possuem (FERRO, 2009, p. 510-550), os quais se potencializam ainda mais em função do progresso tecnológico e industrial que acaba por encurtar as distâncias do espaço-tempo e favorecê-las, seja direta ou indiretamente, uma vez que se facilita o processo de mascarar o exercício das práticas delitivas e de ocultar os bens ilícitos que são adquiridos:

Não há como negar, porém, que a globalização econômica, a criação de zonas de livre comércio e livre circulação de bens e pessoas, com a supressão ou diminuição de controles fronteiriços e alfandegários, o liberalismo econômico e a consequente desregulamentação de vários mercados, a queda da cortina de ferro, o avanço tecnológico e a queda nos custos das telecomunicações e transportes, a popularização da informática e da Internet, as redes bancárias mundiais e as diferenças de bem-estar entre países ricos e pobres criaram uma nova realidade para a sociedade e, como parte dela, para as práticas delituosas organizadas transnacionais, que encontravam nessa nova realidade o caldo ideal para a sua expansão (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 83).

Um dos principais fatores responsáveis pela expansão das organizações criminosas pelo mundo, que caminha lado a lado com a globalização, é a situação paupérrima de subdesenvolvimento que muitos países se encontram, o que colabora para a ascensão de forças paralelas ao Poder Público (MENDRONI, 2020, p. 481).

Cria-se, assim, um eterno ciclo: devido à alta taxa de criminalidade, grandes empresários e agentes econômicos em geral não se sentem seguros o suficiente para aplicar recursos no país, fazendo com que o Estado não se desenvolva e, por conseguinte, torne-se mais vulnerável ao tráfico de drogas e mercados afins.

Visando atenuar os efeitos nefastos provocados pela criminalidade organizada, em 15 de novembro de 2000, adveio a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também denominada de Convenção de Palermo, cujo escopo é o combate de tais instituições paralelas, em especial a lavagem de dinheiro, uma vez que é inviável a subsistência de uma organização criminosa sem que esta possua mecanismos para ocultar e reinserir o capital ilícito no mercado (PELLEGRINI; COSTA JÚNIOR, 1999, p. 54-55).

A fim de contextualizar o ambiente em que foi criada a Convenção de Palermo, Vladimir Aras anota que:

Se o século XX assistiu ao fortalecimento de várias organizações de tipo mafioso – fato que ocorreu inclusive no Brasil, com o Primeiro Comando da Capital (PCC) e outros grupos semelhantes –, o **século XXI significativamente se iniciou com um instrumento internacional de enorme importância para o combate à delinquência organizada transnacional: a Convenção de Palermo.**”--

Não foi por acaso que a Organização das Nações Unidas (ONU) elegeu a cidade siciliana de Palermo como sede de sua conferência sobre crime organizado, realizada em dezembro de 2000. Em pleno território da Cosa Nostra, foi assinada a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (United Nations Convention against Transnational Organized Crime), ou UNTOC na sigla em inglês. O **simbolismo é evidente**. Foi ali que em **1992** dois membros da magistratura do Ministério Público italiano, **Giovane Falcone e Paolo Borsellino**, foram chacinados pela **Cosa Nostra**, nos massacres de Via Capaci e Via d’Amelio⁶⁸.

O Artigo 6 da Convenção de Palermo⁶⁹ estabelece a definição do delito de lavagem de capitais e uma série de parâmetros para que cada Estado que ratificou o referido tratado possa

⁶⁸ Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/16/a-convencao-de-palermo-contr-o-crime-organizado/>. Acesso em: 08 mar. 2022.

⁶⁹ Artigo 6

1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;

b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;

ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

2. Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo:

a) Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais;

promover, na maior medida do possível, o combate à ocultação ou dissimulação de bens ou proventos do crime.

O que, por conseguinte, acaba por impactar diretamente nas organizações criminosas, porquanto suas empreitadas sempre possuem reflexos econômicos, razão pela qual se mostra tão importante que os Estados e organismos internacionais busquem arrefecer principalmente os aspectos patrimoniais do funcionamento de tais organizações:

Numa moderna metodologia de enfrentamento à criminalidade, é imprescindível adotar a visão capitalista de repressão: localizar bens, mapear patrimônio e o destino final do dinheiro em contas correntes, envidando esforços necessários para torná-los indisponíveis. O encarceramento, por si só não pode ser uma panaceia, assim é fundamental que as ações policiais não sejam precipitadas e preocupadas somente em efetuar a prisão, mas, acima de tudo, em promover o mapeamento de patrimônio obtido de forma criminosa ou oriundo do próprio crime, tornando útil o resultado final do processo penal com o decreto de perdimento de bens eficazes a partir da sentença penal condenatória transitada em julgado. Dessa forma, o crime organizado ficará privado do seu oxigênio e não mais movimentará suas riquezas de dentro de presídios ou em locais de refúgio, definindo em seguida (GOMES, 2009, p. 25).

Sobretudo, a Convenção de Palermo, em seu Artigo 26⁷⁰, dispôs que os Estados que a aderiram deverão adotar meios para estimular os integrantes das organizações criminosas a

b) Cada Estado Parte considerará como infrações principais todas as infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção, e as infrações enunciadas nos seus Artigos 5, 8 e 23. Os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados;

c) Para efeitos da alínea b), as infrações principais incluirão as infrações cometidas tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte interessado. No entanto, as infrações cometidas fora da jurisdição de um Estado Parte só constituirão infração principal quando o ato correspondente constitua infração penal à luz do direito interno do Estado em que tenha sido praticado e constitua infração penal à luz do direito interno do Estado Parte que aplique o presente Artigo se o crime aí tivesse sido cometido;

d) Cada Estado Parte fornecerá ao Secretário Geral das Nações Unidas uma cópia ou descrição das suas leis destinadas a dar aplicação ao presente Artigo e de qualquer alteração posterior;

e) Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1 do presente Artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal;

f) O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fatuais objetivas.

⁷⁰ Artigo 26

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido 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.

delatarem seus outros participantes. Não delimitou, entretanto, quais seriam ao certo os limites de tais medidas, ou ainda, se seria possível negociar com o investigado o produto do ilícito a fim de obter as informações necessárias para o desmantelamento das organizações criminosas.

Veja-se:

Artigo 26

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

1. Cada Estado Parte tomará **as medidas adequadas para encorajar as pessoas** que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de **contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.**

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

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

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

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

Com o mesmo desiderato de combater a criminalidade internacional, no dia 31 de janeiro de 2006, foi promulgada pelo Brasil a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto n.º 5.687/2006), popularmente conhecida como Convenção de Mérida.

O escopo de sua formulação traduz os anseios de atenuar a enorme corrupção existente nos mais diversos governos nacionais do mundo (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 37). Em geral, o diploma trata de medidas para prevenir e combater a corrupção, além dispor acerca de normas

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

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

de cooperação internacional e da recuperação de ativos que foram subtraídos através da corrupção:

Apresenta, como grande destaque o fato de representar o primeiro tratado multilateral direcionado para as questões decorrentes da corrupção que se constituem em relevante obstáculo para o desenvolvimento dos países. Em seu preâmbulo, a Convenção demonstra a preocupação com a corrupção e o quanto ela representa para a estabilidade e segurança das sociedades democráticas. Considera o quanto a corrupção prejudica o desenvolvimento sustentável, o Estado de direito e a estabilidade política, indicando o receio dos vínculos estabelecidos entre o crime organizado e a corrupção econômica – na forma de lavagem de dinheiro. Reconhece que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional, que afeta a todas as sociedades e economias, fazendo-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela. Segundo a convenção de Mérida, isso deve ocorrer por um enfoque amplo e multidisciplinar, sendo responsabilidade de todos os Estados que devem cooperar entre si (TROTTA; FERREIRA, 2013, p. 11).

O artigo 31 da Convenção de Mérida⁷¹, dispõe que os Estados que a aderiram deverão, no maior grau possível, adotar as medidas necessárias para autorizar o confisco dos bens provenientes do ilícito perpetrado.

Já em seu artigo 37, a Convenção de Mérida abarca a previsão de o sujeito cooperar com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei, em troca da concessão de imunidade judicial

⁷¹ Artigo 31

1. Cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco:

a) Do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto;

b) Dos bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados utilizados na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias para permitir a identificação, localização, embargo preventivo ou a apreensão de qualquer bem a que se tenha referência no parágrafo 1 do presente Artigo com vistas ao seu eventual confisco.

3. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com sua legislação interna, as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para regular a administração, por parte das autoridades competentes, dos bens embargados, incautados ou confiscados compreendidos nos parágrafos 1 e 2 do presente Artigo.

4. Quando esse produto de delito se tiver transformado ou convertido parcialmente ou totalmente em outros bens, estes serão objeto das medidas aplicáveis a tal produto de acordo com o presente Artigo.

5. Quando esse produto de delito se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão.

6. Os ingressos e outros benefícios derivados desse produto de delito, de bens nos quais se tenham transformado ou convertido tal produto ou de bens que se tenham mesclado a esse produto de delito também serão objeto das medidas previstas no presente Artigo, da mesma maneira e no mesmo grau que o produto do delito.

7. Aos efeitos do presente Artigo e do Artigo 55 da presente Convenção, cada Estado Parte facultará a seus tribunais ou outras autoridades competentes para ordenar a apresentação ou a apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais. Os Estados Partes não poderão abster-se de aplicar as disposições do presente parágrafo amparando-se no sigilo bancário.

8. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinqüente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, na medida em que ele seja conforme com os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos.

9. As disposições do presente Artigo não se interpretarão em prejuízo do direito de terceiros que atuem de boa-fé.

10. Nada do disposto no presente Artigo afetará o princípio de que as medidas nele previstas se definirão e aplicar-se-ão em conformidade com a legislação interna dos Estados Partes e com sujeição a este.

ou da mitigação de sua pena a depender da utilidade das informações reveladas e da efetividade de sua cooperação, até mesmo na recuperação de produtos do ilícito. Observa-se, desde já, a semelhança do que já estava previsto na Convenção de Palermo que a precedeu, vejamos:

Art. 37, Convenção de Mérida:

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**. Ver tópico (1 documento)
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.

As Convenções incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio se assemelham no que tange a permitir o emprego das “medidas adequadas” para auxiliar o desenvolvimento das colaborações de réus (BRASIL, 2015, p. 48).

Não à toa o Ministro Dias Toffoli, atuante como relator no *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, utilizou ambas as legislações internacionais como fundamento do seu voto condutor, que se assemelham quando se trata do abrandamento das consequências do crime a partir da colaboração do agente delator.

Enquanto a Convenção de Palermo prevê as já mencionadas “medidas adequadas” para encorajar o consenso, a Convenção de Mérida enuncia a “mitigação da pena” (BRASIL, 2015, p. 48).

Ambos os diplomas normativos incorporados ao nosso ordenamento pátrio agem em conjunto a fim de obstar a criminalidade por meio da introdução e abertura de espaços de consenso entre a acusação e a defesa, representante do acusado (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016, p. 378).

O questionamento que ainda permanece é se existe algum óbice nos tratados internacionais incorporados ao ordenamento brasileiro, para o investigado (i) permanecer com

uma parte dos proveitos que obteve durante as práticas delitivas (v.g., como um imóvel, carro ou determinada quantia), ou (ii) deixar uma parcela com sua família, em troca do seu efetivo auxílio nas investigações (CORDEIRO, 2022, p. 57-62). Diante de sua relevância, o referido ponto será detalhado nos tópicos seguintes do capítulo 3.

3.2 Os efeitos automáticos da pena previstos no artigo 91 do código penal e a perda do produto do ilícito

O desenvolvimento de algumas organizações criminosas alcançou um patamar de profissionalidade que chega a aproximá-las de verdadeiras empresas⁷², dado o alto nível de estruturação hierárquica e a complexidade da distribuição de tarefas e de papéis sociais que se fazem presentes no âmbito de tais grupos⁷³.

Não por acaso, é comum que alguns de seus integrantes obtenham elevados ganhos pecuniários através das empreitadas criminosas que são desenvolvidas – e que, no decorrer dos anos, contribuem para somar um patrimônio milionário.

Entretanto, é possível que as forças policiais intervenham e acabem por cercear as atividades delitivas que eram arquitetadas pelo sujeito. Devido à complexidade característica de inúmeras organizações criminosas, pode ocorrer que as informações existentes não bastem para seguir com a persecução penal em relação aos outros membros do grupo, nem tampouco que sejam suficientes os instrumentos tradicionais de produção probatória – principalmente quando se envolve uma lavagem de dinheiro cada vez mais sofisticada (LIMA, 2013, p. 59).

É nesse átimo que o acordo de colaboração premiada ganha maior destaque, conforme já visto⁷⁴. Levando em conta que o hipotético investigado possa ter, através das atividades

⁷² Nesse sentido: “Para uma organização criminosa mais evoluída, por assim dizer, é muito mais fácil e menos custoso praticar corrupção entregando parte do dinheiro ilicitamente obtido a um funcionário público, cujo valor sempre dependerá do seu grau de poder, do que praticar crimes violentos, como assassinatos, que deixam cadáveres estirados e causam perplexidade e revolta da população, provocando imediata e rígida reação do poder público. A corrupção, ao contrário, opera efeitos no subterrâneo dos edifícios públicos, agindo silenciosamente e causando efeitos desejáveis pelos criminosos com incrível rapidez. As organizações criminosas típicas mafiosas são caracterizadas especialmente por se infiltrar fortemente na atividade comercial e política através da corrupção.” (MENDRONI, 2018, p. 76).

⁷³ “De outro lado, a ‘divisão de tarefas’ é uma característica fundamental da citada organização. Isso significa que os componentes do grupo criminoso realizam diversos trabalhos, sempre objetivando os fins ilícitos arrolados pelo legislador. A divisão em questão se caracteriza mesmo que seja ‘informalmente’ estabelecida. Não há necessidade, portanto, desta repartição estar revista de regras ou normas instituídas e, menos ainda, documentada.” (MOSSIN, 2016, p. 131).

⁷⁴ No mesmo átimo: “Sem o menor traço de dúvida, constatando-se a existência da organização criminosa, não basta unicamente para apurar e punir os eventos típicos praticados pelos seus membros componentes, mas também, traçar metas para coibir outros avanços de cunho delituoso, o que poderá ser conseguido com a colaboração do delator, posto que ele conhece o funcionamento da associação e também o modo de agir de seus comparsas a até

criminosas da organização, subtraído milhares (ou quiçá milhões) de reais dos cofres públicos, ou do próprio patrimônio dos particulares, seria legítimo que seu defensor, durante a negociação dos termos do acordo de colaboração premiada, buscasse ressaltar para ele (ou para sua família) parte do produto do ilícito, a fim de que não fique desamparado (já que seu sustento – e o de sua família –, durante inúmeros anos, provavelmente adveio do crime).

Em troca, o delator cooperaria com as forças policiais e com o Poder Judiciário para o desmantelamento da organização criminosa da qual pertencia – o que não envolve apenas a identificação dos coautores, mas inclusive apontar a localização de possíveis bens ou valores subtraídos:

A chamada “delação premiada” é mais do que parece, pois não se circunscreve à delatio, ou à identificação dos corréus (chamamento de corréu). Esta é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da administração da Justiça criminal. Além de revelar a identidade e o paradeiro de seus cúmplices (delação), o colaborador pode facilitar a localização de coisas subtraídas, valores desviados e de quaisquer bens, direitos ou valores obtidos ou mantidos por meios ilícitos. Com isso, o revelador concorre para a restituição dos ativos ao erário ou para a recomposição do patrimônio da vítima. Indo mais além, o colaborador é aquela pessoa que fornece à Polícia dados que permitem encontrar e resgatar com vida vítimas de sequestro e cárcere privado (ARAS, 2013, p. 533).

Por conseguinte, faz-se conveniente salientar que a negociação do fruto do ilícito tem como finalidade oportunizar ao delator e à sua família mecanismos de estabilidade e sustentação econômico-financeira. Este benefício também existe no artigo 5º, I, da Lei n.º 12.850/2013 e artigo 7º da Lei n.º 9.807/1999 (PEREIRA, 2019, p. 182).

Em tese, a ação desvincula o Poder Público desta obrigação, uma vez que o aludido artigo 7º da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n.º 9.807/1999), evidencia que o Estado conserva incumbências com colaboradores da justiça. Por assim dizer, a este Estado, é exigida performance apontada à “ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar (...)” (PEREIRA, 2019, p. 183).

Não obstante, como o legislador não delimitou ao certo qual poderia ser a amplitude normativa da negociação do acordo de colaboração premiada, isto é, não estabeleceu um mínimo de parâmetro sobre o assunto, criou-se uma verdadeira controvérsia no que concerne a possibilidade de transacionar o produto do ilícito através de tal negócio jurídico processual.

Neste espectro, convém destacar que, de encontro à possibilidade de dispor dos proventos ilícitos obtidos em prol da cooperação processual, o art. 91 do Código Penal⁷⁵ elenca

planos que já foram elaborados para futuras incursões criminosas, que poderão ser interrompidos.” (MOSSIN, 2016, p. 166).

⁷⁵ Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

os efeitos genéricos resultantes da prolação da sentença penal condenatória contra a pessoa do réu.

Os efeitos variam desde o dever de indenizar os danos resultantes do delito à perda, em favor da União, dos instrumentos e produtos do crime – efeito este que, a princípio, parece inviabilizar que se estipule como benefício da colaboração premiada a permissão de que o investigado permaneça com parte das vantagens indevidamente obtidas até então.

É necessário que se estude a inteligência do artigo 91 do Código Penal, que trata, em suma, dos efeitos da condenação, e enuncia:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

A principal consequência da sentença condenatória é a sanção, porém o art. 91 do Código Penal prevê uma série de efeitos secundários de natureza extrapenal que podem se fazer presentes. Dentre eles, destaca-se, para o presente trabalho, a perda do produto do crime, cuja origem histórica remonta às raízes do chamado confisco, que atualmente possui uma amplitude muito menor que aquela que outrora era adotada:

O confisco foi largamente utilizado na Antiguidade. No entanto, a filosofia reformadora (iluminista) do século XVIII elevou-se contra essa sanção, pela grave injustiça que representava, ferindo o princípio da personalidade da pena ao atingir a própria família do condenado. Com razão, Carrara considerava o confisco de bens “desumano, impolítico e aberrante”, entendimento que é mantido no Direito contemporâneo. Porém, a liberal Constituição Federal de 1988, na contramão da história, cria a possibilidade da pena de confisco sob a eufemística e disfarçada expressão perda de bens (art. 5º, XLVI, b), que, no entanto, dependerá de previsão em lei ordinária. O confisco, na nossa legislação a partir da Constituição Federal de 1988,

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

não é pena, mas simples efeito da condenação, e limita-se aos instrumentos ou produtos do crime (BITENCOURT, 2020, p. 939).

O fundamento básico de tal previsão normativa é evitar o enriquecimento ilícito do réu, uma vez que este, valendo-se de sua própria torpeza, pode ter subtraído bens ou valores de outrem, de modo que se torna possível, na própria sentença, determinar que tais objetos sejam restituídos à vítima ou destinados ao patrimônio público da União.

Recentes acordos de colaboração premiada inovaram ao optar por promoverem, ao agente delator, vantagens para além daquelas previstas na legislação. Uma das grandes discussões gira em torno da transação do produto do ilícito, mencionado anteriormente. Isto é, quando o acusado continua com a posse de valores ou parte de valores angariados com a empreitada criminosa (BOTINNI, 2015).

O instituto é cercado de polêmicas, tendo sido alvo de acalorados debates judiciais, inclusive, no *Habeas Corpus* objeto de análise, qual seja o HC n.º 127.483/PR. Há quem entenda ser possível que o réu ou investigado permaneça com os bens e montantes provenientes do crime, e há quem entenda pela impossibilidade (BOTTINI, 2015).

O advogado e professor da USP, Pierpaolo Bottini, por exemplo, depreende que o acordo de colaboração premiada não impede a condenação, sendo apta, tão somente a reduzir a pena ou alterar a forma de cumprimento, de maneira que os efeitos penais genéricos, de aplicação imediata, devem persistir (BOTTINI, 2015).

Explica-se: o Código Penal prevê que a condenação produz efeitos acerca das garantias dos acusados afora a sanção criminal em si. Dentre os referidos efeitos, estão aqueles acautelados pelo art. 91 do Código Penal, tidos como “genéricos”, isto é, de aplicabilidade imediata, independentemente de motivação da decisão judicial, quais sejam: (i) tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; e (ii) perda dos instrumentos ou produto do crime (BOTTINI, 2015).

Desta forma concebe Eugênio Pacelli e André Callegari, quando enunciam que se o porte, uso ou detenção de algum objeto compreende fato ilícito, não há como se proceder sua devolução ao agente ativo do delito. Os autores continuam evidenciando que “a perda de tais instrumentos, portanto, sequer dependem de decisão expressa nesse sentido, impondo-se como efeito automático da condenação”. Da mesma maneira ocorrerá em hipótese de valores obtidos a partir de crimes, que constituirão perda em favor da união ou da vítima (PACELLI; CALLEGARI, 2017, p. 522).

Guilherme de Souza Nucci também trata do tema em sua obra “Manual de Direito Penal”, publicada em 2016. O autor reverbera que é possível que se aplique o confisco dos

objetos e valores frutos do crime. Quando o proveito do delito é convertido em “bens diversos”, como móveis e/ou imóveis, contudo, haverá, à despeito do confisco, o sequestro destes bens (NUCCI, 2016, p. 539).

O entendimento é partilhado com Pierpaolo, que discorre que “os efeitos automáticos da pena previstos no artigo 91 do Código Penal são indisponíveis. Por assim dizer, é vedado que o produto do crime continue em posse do agente delator, sendo, esta definição, livre de motivação do magistrado (BOTTINI, 2015).

Caso contrário, segundo Bottini, o Estado estaria permitindo que os operadores do direito e o acusado, durante a colaboração premiada, barganhassem acerca da obrigação de indenização do dano causado pelo ilícito, prejudicando – mais uma vez – a vítima; e, ainda, mercantilizassem a primariedade do réu (também efeito vinculante do artigo 91) (BOTTINI, 2015).

Miguel Reale Júnior, por fim, conjectura identicamente, salientando que a perda do produto do delito ocorre de modo a evitar e obstruir a locupletação ou auferimento de bens pelo condenado, ou estar-se-ia permitindo o “sucesso econômico do crime” (REALE JÚNIOR, 2019, p. 476).

No entanto, parece pacífico que a pena de multa seja dirimida ou perdoadada a partir da colaboração do agente, certo de que se busca evitar a perda de bens de origem lícita e, ainda, porque a multa obedece a proporcionalidade havida na pena privativa de liberdade, de maneira que o abrandamento ou isenção se daria acertadamente (PEREIRA, 2019, p. 180).

Frederico Valdez Pereira, por outro lado, entende que em hipótese de perdão judicial, poder-se-ia existir concessão em matéria patrimonial, fazendo analogia à sentença de extinção de punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal. Neste caso, segundo o autor, não haveria a incidência de qualquer efeito condenatório, afastando-se as disposições do artigo 91 do Código Penal (PEREIRA, 2019, p. 182).

Contudo, muito embora pudesse existir neste exemplo acima benefícios no que tange ao proveito auferido através da prática do crime, o juízo civil não estaria vinculado a ressarcir eventuais bens e valores sequestrados ou confiscados (PEREIRA, 2019, p. 182).

O Supremo Tribunal Federal, ao debater em plenário o HC n.º 127.483/PR, entendeu pela viabilidade de acordo de colaboração premiada desfrutar sobre a natureza patrimonial dos efeitos extrapenais. O voto vencedor do relator optou por aplicar interpretação teleológica das Convenções de Mérida e Palermo, concluindo que os regulamentos podem ser representados abrangentemente, assentindo pela atenuação dos efeitos patrimoniais (PEREIRA, 2019, p. 182).

Convém salientar que o condenado também pode ser submetido aos chamados efeitos específicos da pena (DELMANTO *et al.*, 2016, p. 334), os quais se encontram elencados no art. 92 do Código Penal⁷⁶. Estes dizem respeito a (i) perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; (ii) incapacidade para o exercício do pátrio poder e similares; e (iii) inabilitação para dirigir veículo. Note-se:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

A despeito do artigo anterior, que dispõe acerca dos efeitos extrapenais genéricos, os efeitos específicos do art. 92 impõem reconhecimento expresso, por parte do magistrado, das situações nele contidas. Caso contrário, as condições não poderão ser empregadas no momento da aplicação da sanção (PACELLI; CALLEGARI, 2017, p. 528).

Isso porque o efeito pretendido pelo dispositivo não é automático, isto é, no momento da prolação da sentença, o juízo precisa esclarecer e motivá-la. No que concerne aos efeitos extrapenais específicos, “quem pode o mais, pode o menos”, de sorte que o magistrado possui a discricionariedade de aplicar a sanção ou não, com margem para flexibilizá-la sob a égide do acordo de colaboração premiada (BOTTINI, 2015).

Constata-se, portanto, que devido à natureza dos efeitos previstos pelo art. 91 do Código Penal, os quais tendem a ser automáticos, a negociação do produto do ilícito é alvo de polêmicas

⁷⁶ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

e subjetividades tanto no ordenamento jurídico pátrio, quanto na doutrina, uma vez que a própria inteligência do dispositivo afirma que ele se perderá em favor da vítima ou da União.

Todavia, há quem entenda que a Lei n.º 12.850/2013 figura como especial em face do Código Penal Brasileiro, de modo que, diante de eventual antinomia aparente, o primeiro tende a prevalecer sobre o segundo, em homenagem ao brocardo *lex specialis derogat legi generali* (BOBBIO, 1995, p. 95-97).

Ademais, os autores que se acham favoráveis à ideia de se transacionar o produto do ilícito destacam que o marco temporal de celebração do acordo de colaboração premiada antecede o advento da sentença penal condenatória referida pelo art. 91 do *Códex*. Afinal, uma possível transação do produto do ilícito deve ocorrer antes do advento de eventual condenação, sob pena de contrariar sua própria finalidade, tendo em vista que o perdimento das vantagens indevidamente obtidas poderá ser decretado pelo próprio dispositivo de sentença – fazendo com que reste prejudicada a negociação sobre tal objeto (GRECO FILHO, 2014, p. 41).

Infere-se que a compatibilidade da legislação no que tange à negociação do produto ou valores advindos do crime não é asserção pacífica, de sorte que existem visões e pareceres peritos e competentes de ambos os lados, dado que a temática ainda é juvenil para os aplicadores do direito.

Enquanto o Poder Legislativo se mantiver em sua posição inerte e não dispuser mais veementemente no que se refere ao procedimento do consenso premial, as dubiedades acerca das garantias e obrigações dos agentes colaboradores continuarão a fazer parte da rotina forense, circunstância capaz de dificultar o trabalho das autoridades que manuseiam o instituto e de ocasionar injustiças (PEREIRA, 2019, p. 183).

3.3 Da inexistência de óbices quanto à adoção de cláusulas que extrapolam os limites da lei n.º 12.850/2013

A Lei da Criminalidade Organizada ampliou o poder e as possibilidades de negociação estatal, criando inclusive a prerrogativa da não persecução penal. Estabeleceu direitos do colaborador e inovou ao criar o procedimento específico da colaboração.

Este último, ainda embrionário e não muito detalhado, traz importantes determinações quanto a forma e aos limites da negociação.

Ocorre que esses desenhos de limites permeiam sempre a situação do colaborador, favorecendo elastecimentos à atuação do Estado, seja do Juiz ou do Promotor, e negando

qualquer interpretação mais favorável ao acusado, no caso, delator, indo de encontro aos princípios da matéria penal -- como, por exemplo, o princípio do Favor Rei⁷⁷.

Não obstante, também deve ser objeto da presente análise, em leitura conjunta com as Convenções de Palermo e de Mérida, a Lei n.º 12.850/2013, porquanto se trata da própria matriz do referido negócio jurídico processual no ordenamento jurídico brasileiro.

Sua regulamentação foi realizada na Seção I do Capítulo II do mencionado diploma, e dispôs sobre alguns dos pressupostos, requisitos, e amplitudes do instituto, conquanto não o faça total e claramente – razão pela qual se originam diversas controvérsias sobre o tema.

A leitura dos artigos 3º-A e seguintes da Lei das Organizações Criminosas revela que não existem impedimentos no que tange à adoção de cláusulas que extrapolam os limites da lei. É possível, aliás, realizar algumas inferências.

Afinal, se o legislador autorizou que o Ministério Público pudesse pactuar o não oferecimento da denúncia contra o investigado que, voluntariamente, opta por colaborar com o Poder Público⁷⁸, mostrar-se-ia pouco razoável que não se pudesse mitigar também os efeitos extrapenais da condenação, já que se pode fazê-lo em relação à própria Ação Penal.

Neste sentido, em sede do *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli expôs o mesmo raciocínio para justificar a possibilidade da transação do produto do ilícito, conforme trecho de seu voto:

Aliás, se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), *a fortiori*, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (art. 91, II, b, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7º, I, da Lei n.º 9.613/98).

O argumento é reforçado, ainda, devido ao fato de a Lei n.º 12.850/2013 não conter nenhuma previsão que impeça a pactuação de vantagem dos proventos ilicitamente obtidos em prol da cooperação processual, porquanto, se pode o mais (o não oferecimento da denúncia), pelo mesmo raciocínio, pode-se também o menos (*in casu*, o mero abrandamento do disposto no art. 91 do Código Penal). Esta parece ser a *ratio essendi* adotada pelo legislador brasileiro,

⁷⁷ *Favor Rei* ou *Favor Libertatis*, consiste basicamente em uma diretriz, e portanto um princípio, direcionando a predominância do direito à liberdade em confronto com o direito de punir do Estado.

⁷⁸ § 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

de modo que, se fosse sua pretensão proibir a feitura de acordo nestes termos, tê-lo-ia feito expressamente.

As Convenções de Palermo e de Mérida, outrossim já analisadas, também parecem convergir no que tange à possibilidade de adotar os mecanismos que se mostrarem necessários e pertinentes para contribuir com o desmantelamento das organizações criminosas, o que poderia incluir a transação do produto do ilícito com o investigado, pois tal medida possui um verdadeiro cunho protetivo que coaduna perfeitamente com o disposto no art. 5º, inciso I, da Lei n.º 12.850/2013⁷⁹ – que parece, inclusive, complementá-lo, conforme arrematou o Ministro Dias Toffoli:

Ora, se um dos objetivos do programa de proteção é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, possibilitar-se que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação. Em suma, não soa desarrazoado que o Estado-Administração, representado pelo titular da ação penal pública, possa dispor, no acordo de colaboração, sobre questões de natureza patrimonial, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé.

Trata-se de uma forma de garantir maior segurança ao investigado (e à sua família) durante o cumprimento do acordo de colaboração premiada que foi homologado, sendo este um dos direitos integrantes do rol do art. 5º da mencionada lei – ainda mais se o colaborador estiver preso e for o principal provedor econômico de sua entidade familiar. Não significa dizer, entretanto, que se trata de tema pacífico na doutrina, uma vez que existem divergências:

Pelo que já se adiantou, bem se compreende que o primado do princípio da legalidade deva aqui valer em toda a sua plenitude. Desde logo, deve valer no plano material, com o seu sentido próprio de que “só a lei é competente para definir crimes (...) e respectivas penas”. Possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa nesse sentido. Dito de outro modo: é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal (CANOTILHO; BRANDÃO, 2016, p. 24).

É comum argumentar, nesse contexto, que somente podem ser concedidos os benefícios que foram expressamente elencados pela lei, a qual prevê um rol taxativo que não pode ser

⁷⁹ Art. 5º São direitos do colaborador:

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

vilipendiado em proveito do maior poder de barganha entre o Ministério Público e o investigado, sob consequência de se subverter por completo o princípio da legalidade e o da segurança jurídica – impactando, até mesmo, na futura individualização da pena:

Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei n.º 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos (BOTTINO, 2016, p. 377).

De toda sorte, a análise da Lei n.º 12.850/2013 permite concluir que não existem óbices legais quanto à transação do produto do ilícito em sede do acordo de colaboração premiada na Lei n.º 12.850/2013; ao revés, sua leitura conjunta com as Convenções de Palermo e de Mérida parecem autorizar a realização de tal procedimento, uma vez que se trata de um modo de incentivar a feitura do acordo, e ainda, de garantir ao investigado – bem como à sua família –, uma maior proteção patrimonial em caso do advento de sentença penal condenatória (BRASIL, 2015, p. 48).

3.4 Análise do HC n.º 127.483/PR (STF): a impugnação do acordo de colaboração premiada firmado pelo Alberto Youssef

Um dos aspectos mais polêmicos acerca da estruturação do conteúdo do acordo de colaboração premiada e dos limites das cláusulas estipuladas é a “admissão que o acusado/investigado mantenha em seu poder uma parcela dos valores obtidos com a atividade criminosa.”⁸⁰

E o motivo da discussão, como visto no subcapítulo acima, resulta no fato de que o artigo 91 do Código Penal arrola como um efeito automático da pena a perda em favor da União do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (inciso II, alínea “b”), ressalvado o direito do lesado ou de

⁸⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-22/delacao-premiada-nao-evita-perda-bens-provenientes-crime#:~:text=Dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20n%C3%A3o%20evita%20a%20perda%20de%20bens%20provenientes%20do%20crime,-22%20de%20dezembro&text=A%20dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20tem%20por,em%20troca%20de%20certos%20benef%C3%ADcios>. Acesso em: 14 jan. 2022.

terceiro de boa-fé.⁸¹ O objetivo da norma penal é impedir o enriquecimento ilícito por parte do réu.

Por certo, vale lembrar não há limite temporal para colaborar com a Justiça, podendo o acordo ocorrer mesmo após o trânsito em julgado.⁸² Assim, questiona-se:

- (i) O art. 91, inciso II, alínea “b”, do Código Penal, deve ser aplicado automaticamente como efeito da condenação ou pode ser relativizado através de um acordo de colaboração premiada?
- (ii) A transação da coisa ilícita está de acordo com a melhor interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida)?
- (iii) Sob o ponto de vista teleológico, qual construção jurídica proporciona a solução mais adequada para elucidar a questão?

Diante de tais questionamentos, há quem defenda a impossibilidade de estabelecer uma negociação sobre benefícios que não estão previstos em lei, o que incluiria a negociação sobre o produto do ilícito. Como argumento, essa corrente defendida por Reale Júnior, Piepaolo Cruz Bottini e Néfi Cordeiro entende que “a perda do produto do crime, em favor da União, é decorrência de não se permitir a locupletação do condenado por meio da prática delituosa, impedindo-se o sucesso econômico do crime.” (REALE JÚNIOR, 2009, p. 476)⁸³.

O tema da resolução consensual da lide penal está novamente sob os holofotes desde a criação do acordo de não persecução penal por resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, bem como diante da recente proposta legislativa para adoção formal, no Brasil, de modelo de acordo entre acusação e a réu assemelhado ao *plea bagaining* estadunidense (CASTRO, 2021, p. 10).

No cenário nacional, o precedente mais importante sobre o tema é o *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Em apertada síntese, cuidou-

⁸¹ Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

⁸² “De acordo com o professor de Processo Penal da USP, **Gustavo Henrique Badaró**, não há limite temporal para colaborar com a Justiça. Isso pode ser feito inclusive após o trânsito em julgado da condenação.” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-09/acordo-delacao-premiada-firmado-sentencia#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20professor,tr%C3%A2nsito%20em%20julgado%20da%20condena%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁸³ Nesse mesmo sentido, ver CORDEIRO, 2022, p. 57-62.

se de um terceiro insatisfeito que buscou a anulação da decisão do Ministro Teori Zavascki que homologou o acordo de colaboração premiada do investigado Alberto Youssef.

A título de curiosidade, no âmbito do referido inquérito policial, foi possível identificar um conjunto de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em operações ilícitas, as quais também eram utilizadas para lavar dinheiro oriundo de crimes antecedentes praticados em detrimento da PETROBRAS (BRASIL, 2015).

A primeira fase da investigação propiciou a deflagração da denominada ‘*Operação Lava Jato*’, em março de 2014, com o escopo de apurar a atuação de organizações criminosas responsáveis pela operação de estruturas paralelas ao mercado de câmbio e lavagem de dinheiro, abrangendo um grupo de indivíduos com âmbito de atuação nacional e transnacional. Encontram-se atualmente em curso mais de 250 (duzentos e cinquenta) procedimentos investigatórios, isto é, não há dúvida quanto a eficácia e utilidade da colaboração impugnada. (BRASIL, 2015).

O paciente, em que pese não fizesse parte do acordo, entendeu-se legitimado para questioná-lo por que lhe foram atribuídas condutas delitivas pelo colaborador no âmbito do negócio jurídico processual personalíssimo que fora firmado entre o delator e o órgão acusador.

O impetrante sustenta no *writ* que:

ao liberar bens que, em tese, poderiam ser objeto de reparação do dano civil por parte da Petrobras, o acordo violou a preferência legal do ofendido na recuperação de ativos, prevista no art. 125 do Código de Processo Penal; art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.615/98; art. 57 do Decreto nº 5.687/2006 (Convenção de Mérida) e art. 12 do Decreto nº 5.015/2004 (Convenção de Palermo).

Apesar de ter sido denegado por unanimidade⁸⁴, o referido *Habeas Corpus* teve um papel fundamental para clarear as discussões em torno do instituto da colaboração premiada, adentrando especialmente no tema da possibilidade de transacionar o produto do ilícito no âmbito do acordo, visto que esta era uma das maiores insurgências e discordâncias do Impetrante do *writ*.

Os Ministros da Suprema Corte, para solucionar controvérsia acerca da legitimidade de terceiro que não figurou como parte para impugnar o acordo, expuseram diversas ideias e referências capazes de orientar as futuras negociações penais e seus mais problemáticos aspectos, servindo o precedente como um farol para guiar o operador do direito na resolução das controvérsias que permeiam o tema.

⁸⁴ Os Ministros do STF observaram, em resumo, que “as cláusulas em questão não repercutem, nem sequer remotamente, na esfera jurídica do ora paciente, que não tem, portanto, interesse jurídico para impugná-las nem legitimidade para postular em nome da União, como beneficiária de eventual confisco, ou da Petrobras.” (BRASIL, 2015).

No referido caso, o colaborador Alberto Youssef negociou cláusulas que transmitiam às filhas e à ex-mulher dois imóveis que foram adquiridos com os proventos oriundos de atividades ilícitas e ocultados mediante lavagem de dinheiro.

Como paradigma, o *habeas corpus* objeto de estudo, delimitou diretrizes básicas sobre o mecanismo negocial. O Supremo Tribunal Federal, utilizando a lógica civilista, dividiu os requisitos em planos de existência, validade e eficácia, como já mencionado, mas definiu que estes mesmos não são suficientes para limitar os poderes atribuídos ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia (VASCONCELLOS, 2017, p. 116 *apud* MELO; SILVA JÚNIOR, 2020, p. 14)⁸⁵.

A análise da matéria permite encontrar argumentos tanto favoráveis quanto desfavoráveis à possibilidade de o acordo de colaboração dispor sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial decorrentes da condenação.

Para tanto, devem ser escrutinadas ambas as correntes, a começar por aquela que não vislumbra viabilidade jurídica na negociação do produto do ilícito, a fim de concluir se a solução fornecida pelo Pretório Excelso é ou não a que mais se ajusta ao nosso ordenamento jurídico e as Convenções de Mérida e Palermo.

Pela leitura do contexto do referido *Habeas Corpus*, é possível perceber que o colaborador atuava no mercado de câmbio paralelo há mais de vinte anos, acumulando recursos de natureza inidônea e causando graves prejuízos ao erário.

A destinação do *quantum* auferido ilegalmente para o patrimônio das filhas e da ex-esposa – e que poderia ser utilizado para reparar os danos provocados – configuraria uma espécie de enriquecimento ilícito e, não obstante, uma forma de gratificação ao colaborador por todo o interregno em que os ilícitos foram cometidos.

Afinal, pode parecer extremamente injusto que um sujeito cuja profissão consistia em obter dinheiro em contrariedade à moral e ao ordenamento jurídico permaneça com uma parcela dos valores – ainda que percentualmente pequenos, uma vez que seria equivalente a conceder uma espécie de “aposentadoria” ao colaborador em troca das informações e do pacto em não delinquir tal como antes.⁸⁶

⁸⁵ MELO, Caio Vanuti Marinho de, JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. COLABORAÇÃO PREMIADA UNILATERAL COMO DIREITO SUBJETIVO, 2020, Revista Digital Constitucional e Garantia de Direitos. Vol. 03, nº2, UFRN.

⁸⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-22/delacao-premiada-nao-evita-perda-bens-provenientes-crime#:~:text=Dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20n%C3%A3o%20evita%20a%20perda%20de%20bens%20provenientes%20do%20crime,-22%20de%20dezembro&text=A%20dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20tem%20por,em%20troca%20de%20certos%20benef%C3%ADcios>. Acesso em: 14 jan. 2022

Nessa mesma linha de raciocínio contrária, Frederico Valdez Pereira entende que os diplomas legais que tratam dos benefícios no âmbito da apenação não preveem que possam abranger efeitos civis econômico-financeiros:

“[o]utra questão é se o MP pode incluir nas concessões ao agente cooperante efeitos econômicos que decorreriam da condenação, como a perda de bens e valores que constituam proveito auferido com a prática do delito. Nessa situação, a solução é um pouco mais complexa do que poderia sugerir um raciocínio embasado na lógica simplista de ‘quem pode o mais, pode o menos’, pois a relação entre sanções penais e civis é de qualidade, e não de quantidade; trata-se de instâncias autônomas que se comunicam nos limites regulados pela legislação. No caso do Brasil, os diplomas legais que tratam de benefícios no âmbito da apenação aos *pentiti* não preveem que possam englobar efeitos civis econômico-financeiros, e já foi dito no capítulo inicial que, à diferença do sistema estadunidense do *plea bargaining*, não existe inserção de livre juízo discricionário por parte dos órgãos de persecução penal no que tange aos arrependidos; somente a lei pode disciplinar natureza e extensão das medidas premiais, retirando, deste modo, alguma ampla discricionariedade dos órgãos repressivos, e mesmo jurisdicionais, quanto à sanção a ser aplicada.

Com efeito, pode admitir-se alguma espécie de concessão no campo patrimonial apenas na hipótese de atribuição do perdão judicial, tendo em vista a natureza da sentença concessiva de extinção da punibilidade com base no inc. IX do art. 107 do CP. Embora permaneça algum dissenso na doutrina, prevalece o entendimento de que, pelo perdão judicial, o acusado não é considerado condenado, havendo sim, decisão declaratória de extinção da punibilidade, sem qualquer efeito condenatório, portanto não haveria que se cogitar da incidência do art. 92, inc. II, b, do Código Penal, como ocorre nos casos de mera redução da penalidade aplicada, e o órgão do MP poderia incluir um benefício ao colaborador consistente na utilização do proveito auferido pela prática do crime; de qualquer modo, a decisão não vincularia o juízo civil em eventual ação para o ressarcimento ou restituição desses bens ou valores” (PEREIRA, 2019, p. 140-141).

Pierpaolo Cruz Bottini comunga do mesmo entendimento, salientando que: (i) é um desprestígio do Poder Público possibilitar que o colaborador fique com o produto do crime; (ii) de forma análoga, seria uma espécie de limpeza de bens na forma de recompensa; (iii) não parece adequado sob qualquer aspecto político criminal; (iv) os efeitos automáticos da pena previstos no art. 91 do Código Penal são indisponíveis, isto é, a perda do produto do crime, enquanto efeito automático, acompanhará sempre a pena; (v) qualquer condenação — mesmo a de um colaborador — enseja os efeitos previstos no artigo 91 do Código Penal, de tal modo que o acordo que proteja o produto ou do instrumento do crime é incompatível com a legislação pátria. Confere-se⁸⁷:

Assim, o *produto do crime* não pode permanecer com o colaborador, sob pena de desprestígio do próprio Poder Público, que reconhece o delito, a origem criminoso dos bens, e os mantém na titularidade do condenado, em uma espécie de limpeza de bens

⁸⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-22/delacao-premiada-nao-evita-perda-bens-provenientes-crime#:~:text=Dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20n%C3%A3o%20evita%20a%20perda%20de%20bens%20provenientes%20do%20crime,-22%20de%20dezembro&text=A%20dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20tem%20por,em%20troca%20de%20certos%20benef%C3%ADcios>. Acesso em: 14 jan. 2022.

na forma de recompensa. Note-se que não se trata aqui de abrandar ou perdoar a pena pecuniária ou de multa, perfeitamente admissível porque se trata de evitar a perda de bens de origem lícita. Trata-se de admitir que o condenado permaneça com bens oriundos do crime, produzidos pelo crime, o que não parece adequado sob qualquer aspecto político criminal

Não se aplica aqui o raciocínio de “quem pode o mais pode o menos”, pelo qual se é possível mitigar a pena, também é admissível abrandar os efeitos da pena. Talvez tal premissa tenha validade para os efeitos não automáticos da pena (Código Penal, artigo 92), já descritos como aqueles que o magistrado pode ou não aplicar, ou seja, sobre os quais tem discricionariedade[3]. Assim, é possível negociar a perda de cargo, função ou mandato eletivo; a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; a inabilitação para dirigir veículo – uma vez que nesses casos os efeitos da pena não são automáticos, devendo ser motivadamente declarada na sentença a razão de sua incidência.

No entanto, os efeitos automáticos da pena previstos no artigo 91 do Código Penal são indisponíveis. Portanto, a perda do produto do crime — enquanto efeito automático - acompanhará sempre a pena, independente da vontade ou motivação do magistrado. Nesse campo não há espaço para a discricionariedade judicial. Do contrário, seria possível às partes na colaboração negociar a não aplicação do inciso I do mesmo artigo 91 — tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime — dispondo arbitrariamente sobre direito da vítima. Ou dispor sobre a perda da primariedade do réu, uma vez ela também é um efeito automático da pena (ao menos da maior parte delas).

Por isso, a nosso ver, qualquer condenação — mesmo a do colaborador — enseja os efeitos previstos no artigo 91 do Código Penal, de forma que o acordo que proteja o produto ou do instrumento do crime é incompatível com a legislação pátria.

Muito embora o professor Pierpaolo tenha uma posição contrária (BOTTINI, 2015), em artigo publicado sobre a temática no site da CONJUR – Consultor Jurídico⁸⁸ é feita uma nota de rodapé⁸⁹, onde se faz uma ressalva ao entendimento, a fim de acrescentar o seguinte *standard*: é possível negociar a manutenção do patrimônio ilícito quando o acordo envolver a não denúncia do colaborador, pois neste caso não existirá condenação e, portanto, pode faltar o juízo sobre a origem ilícita do patrimônio:

Esse raciocínio não vale para os acordos que envolvam a “*não denuncia*” do colaborador, previstos na lei quando ele (i) não for o *líder* de organização criminosa, e (ii) for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Nesses casos, é possível negociar a manutenção de patrimônio, uma vez que não existirá a *condenação*, e, portanto, pode faltar o juízo sobre a origem ilícita do patrimônio.

No entanto, ao julgar o HC n.º 127.483/PR, os Ministros do STF não teceram nenhum comentário sobre essa exceção prevista pelo Pierpaolo, qual seja: é autorizado a transação do

⁸⁸ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-22/delacao-premiada-nao-evita-perda-bens-provenientes-crime#:~:text=Dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20n%C3%A3o%20evita%20a%20perda%20de%20bens%20provenientes%20do%20crime,-22%20de%20dezembro&text=A%20dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20tem%20por,em%20troca%20de%20certos%20benef%C3%ADcios>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁸⁹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-22/delacao-premiada-nao-evita-perda-bens-provenientes-crime#:~:text=Dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20n%C3%A3o%20evita%20a%20perda%20de%20bens%20provenientes%20do%20crime,-22%20de%20dezembro&text=A%20dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20tem%20por,em%20troca%20de%20certos%20benef%C3%ADcios>. Acesso em: 15 jan. 2022.

produto do ilícito para os acordos que envolvam a não denúncia do colaborador, vez que não existirá condenação neste caso.

A Corte Suprema trilhou outro caminho em sua linha argumentativa, até mesmo porque o artigo do Professor da USP foi escrito nos meses seguintes ao julgamento pelo plenário e tomou o julgado como referencial para tecer suas críticas⁹⁰.

Outro problema que foi levantado pelo STF, no julgamento do *writ* e análise, é que não há garantias de que o investigado irá relatar os fatos conforme estes se deram, já que ele pode ter adquirido diversos valores ilícitos e nada o impede de reconhecer apenas uma parcela dos ganhos obtidos, ou de devolver tão somente o trecho de uma parcela que o colaborador alega ser, na verdade, a totalidade dos ilícitos obtidos com suas empreitadas criminosas.

Ademais, também foi criticado a personalidade do agente voltada para o crime, ou seja, o histórico pessoal do colaborador. Argumentou-se no *habeas corpus* que o sujeito já teria descumprido anteriormente um acordo de colaboração homologado por pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.

Neste ponto, o próprio Ministério Público Federal, através do Procurador-Geral da República, se manifestou nos autos do agravo regimental, no bojo do HC n.º 127.483/PR, aduzindo que:

[...] muito embora tenha voltado a praticar crimes, situação que expõe, de fato, sua personalidade voltada ao delito, não há impeditivo algum na legislação para que ele voltasse a colaborar na apuração desses novos crimes. Em verdade, essa circunstância foi considerada exatamente para limitar os benefícios que teria se não tivesse cometido outros fatos anteriormente (BRASIL, 2015).

E, concordando com as palavras do PGR, o Ministro Relator destacou que é “Irrelevante, também, que Alberto Youssef tenha descumprido anterior acordo de colaboração homologado por aquele juízo federal, uma vez que esse inadimplemento cingiu-se àquele negócio jurídico processual, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza.” (BRASIL, 2015).

Outro ponto que deve ser ressaltado é que, para efeito de colaboração premiada, não interesse a motivação do delator, podendo ser decorrente de (a) um arrependimento efetivo e sincero; ou (b) por estratégia defensiva; ou (c) por vingança (FRANCO, 2007). Como aduz Alberto Silva Franco:

[a] conduta do delator deve ter relevância, sob o enfoque objetivo e deve ser voluntária, sob o ângulo subjetivo. Pouco importa que tal conduta não tenha sido espontânea. Tem o mesmo significado a cooperação que decorre de um

⁹⁰ O HC 127.483/PR foi julgado pelo plenário do STF em 27 de agosto de 2015 enquanto o artigo do professor Pierpaolo foi redigido em 22 de dezembro de 2015.

arrependimento efetivo e sincero ou que tenha sido dada por mero cálculo ou que tenha decorrido de um sentimento de vingança. Não interessa, para efeito da delação premiada, a motivação do delator [...] (FRANCO, 2007. p. 343).

Seguindo os argumentos contrários, o Impetrante destacou também na inicial do *habeas* que, além de delinquente profissional, o colaborador não teria honrado com os termos negociais que foram estipulados.

Assim, se a mesma dinâmica ocorresse num *sursis* processual, o sursitário que descumpriu perderia o direito a ser novamente beneficiado pela suspensão condicional do processo durante determinado lapso temporal.

Soma-se a isso o fato de que a Lei n.º 12.850/2013, em nenhum momento, prevê a isenção ou mitigação da responsabilidade civil de reparar danos, razão pela qual segundo essa corrente mais conservadora, não seria autorizado ao Poder Público criar exceções quanto à regra do art. 91, II, *b*, do Código Penal⁹¹, sob pena de contrariar o sistema penal normativo (CORDEIRO, 2020).

No sistema da *Civil Law*, não se mostraria adequado que o Ministério Público Federal, em comum acordo com o investigado, pudesse dispor de tema que não fora previamente autorizado pela lei, dando um ar de vilipêndio ao princípio da legalidade que rege tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal:

No caso do Brasil, os diplomas legais que tratam de benefícios no âmbito da apenação aos *pentiti* não preveem que possam englobar efeitos civis econômico-financeiros, (...) à diferença do sistema estadunidense do *plea bargaining*, não existe inserção de livre juízo discricionário por parte dos órgãos de persecução penal no que tange aos arrependidos; somente a lei pode disciplinar natureza e extensão das medidas premiais, retirando, deste modo, alguma ampla discricionariedade dos órgãos repressivos, e mesmo jurisdicionais, quanto à sanção a ser aplicada (PEREIRA, 2019, p. 140-141).

A situação se torna ainda mais grave quando se nota que a natureza dos bens lesionados é de empresa estatal, qual seja, a Petrobrás. Muito embora seu patrimônio seja constituído predominantemente por bens privados, estes são regidos por um regime híbrido entre o público e o privado, que não se confunde com aquele que rege pessoas jurídicas de Direito Privado que estão além da Administração Pública.

Neste sentido, acabaria por ser tolerado um prejuízo ao patrimônio de tal entidade constituinte da Administração Pública Indireta (e, por conseguinte, atingiria toda a sociedade), o que não se mostra razoável, haja vista que não se trata de regime puramente privado:

⁹¹ b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Os bens das pessoas jurídicas de Direito privado, inclusive as concessionárias e permissionárias, que estiverem vinculados à prestação do serviço público sofrerão, contudo, a incidência de algumas limitações inerentes aos bens públicos (ex.: impenhorabilidade), tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público, com derrogação parcial do regime de Direito privado, o que permite qualificá-los como bens materialmente públicos ou “quase públicos” (OLIVEIRA, 2018, p. 164).

Em que pese as Convenções de Palermo e de Mérida possibilitem a interpretação ampla das possíveis medidas destinadas a arrefecer as organizações criminosas, a análise pode gerar dúvidas quanto à disposição dos efeitos extrapenais. Segundo dispõe o art. 12.8 da Convenção de Palermo: “8. As disposições do presente artigo não deverão, em circunstância alguma, ser interpretadas de modo a afetar os direitos de terceiros de boa-fé.”

Ao contrário do que já foi visto, há quem entenda que este dispositivo parece conflitar com a possibilidade de transacionar o produto do ilícito em sede de acordo de colaboração premiada. Do mesmo modo, a Convenção de Mérida, em seu art. 31, também ressalta o mesmo entendimento, o que direciona o intérprete a chegar à conclusão de que não seria possível transacionar o produto do ilícito no acordo de colaboração.

A flexibilização das normas referentes ao confisco de bens ilícitos ofenderia frontalmente o disposto pelas referidas Convenções Internacionais, que foram, conforme já analisado, ratificadas pelo Brasil e integram, portanto, o ordenamento jurídico interno.

No Brasil, o Código de Processo Penal ainda dispõe, no art. 125⁹², que inclusive os bens ilícitos transferidos a terceiros poderão ser sequestrados, o que demonstra que a preferência legal não se constitui no sentido da manutenção dos bens ilícitos com o infrator ou seus interpostos.

Ora, se não pode o menos, não haveria de se cogitar o mais, haja vista que favorecer as filhas e a ex-cônjuge seria como favorecer o próprio colaborador – ainda mais se levar em conta que este provavelmente virá a residir com elas após o cumprimento de eventual pena privativa de liberdade, de modo a usufruir diretamente do bem como se fosse um proprietário dele.

O Impetrante do *Habeas Corpus* argumentou que, por todas essas circunstâncias, a homologação do acordo de colaboração premiada não seria admissível, já que o acordo se encontraria eivado de ilegalidade por diversas de suas cláusulas, e, inclusive, que não seria recomendável proceder com o acordo quanto a um sujeito que já descumpriu negócio anterior.

Quanto a esse aspecto, analisando o mesmo *Habeas Corpus*, Vinicius Vasconcellos observa que a personalidade do colaborador ou a sua confiabilidade não são requisitos de validade que possam impedir a homologação do acordo, mas são pontos que devem ser

⁹² Art. 125. Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

considerados para valorar a sua narração e a necessidade de buscar outros elementos externos para corroborar o alegado. Veja-se:

Nas discussões recentes sobre a realização de colaboração premiada, debate-se a possibilidade de sua prática com acusado que já havia anteriormente descumprido acordo em perseguições por crimes diversos. De acordo com a posição firmada pelo STF (HC 127.483), a personalidade do colaborador ou a sua confiabilidade não são requisitos de validade que possam impedir a homologação do acordo, mas elementos que devem ser considerados no momento da valoração de suas declarações. Assim, o fato de o delator ter rompido acerto anterior deve fragilizar a credibilidade de sua narração, reforçando a necessidade de corroboração externa da tese acusatória. Contudo, vale citar que há projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional (PL 4.081/15) propondo a inserção de parágrafo no art. 4º da Lei 12.850/13, com a previsão expressa de que “ressalvada a hipótese do inciso V do caput, é vedada a colaboração premiada daquele que ostenta maus antecedentes ou que tenha rompido colaboração anterior” (VASCONCELLOS, 2020, p. 189).

Existem, todavia, argumentos favoráveis à negociação do produto ilícito em sede de colaboração premiada, o que foi inclusive referendado pelo Supremo Tribunal Federal no voto condutor acima referido.

É oportuno enfatizar que a decisão não possui efeitos *erga omnes*, pois foi tomada em sede de *habeas corpus* (controle de constitucionalidade difuso) e produz efeito somente para as partes no caso concreto. Ademais, a própria Corte Suprema destacou que a matéria exige mais aprofundamento e reflexão.

Contudo, o fato de o *writ* ter sido debatido em plenário do STF contra uma autoridade coatora que era um Ministro da Corte⁹³, o que é uma exceção diante da necessidade de superar o enunciado sumular n.º 606 do STF, possibilita que o julgado sirva como um referencial para as tratativas e formulação de novos acordos.

Os argumentos que admitem a possibilidade de o acordo de colaboração dispor sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação foram todos extraídos do voto condutor do Ministro Relator, Dias Toffoli, e do acórdão do STF, que foi produzido após um caloroso debate em plenário pelos demais Ministros, servindo como um farol em relação ao instituto da colaboração premiada.

Ao julgar o HC n.º 127.483/PR, o Ministro Relator destacou no acórdão que: “as cláusulas em questão não repercutem, nem sequer remotamente, na esfera jurídica do paciente, que não tem, portanto, interesse jurídico para impugná-las nem legitimidade para postular em nome da União, como beneficiária de eventual confisco, ou da Petrobras”. Ou seja, terceiros

⁹³ A autoridade coatora era o saudoso Ministro Teori Zavascki; Relator da Pet n.º 5.244/DF, que homologou o termo de colaboração premiada de Alberto Youssef.

não podem impugnar cláusulas de um negócio jurídico personalíssimo firmado entre a acusação e o investigado.

Ainda que assim não fosse, foram reputadas válidas as cláusulas do acordo de colaboração que dispõem sobre a transmissão às filhas e à ex-mulher do agente colaborador de dois imóveis seus. Para chegar a essa conclusão, foram debatidas também pelo plenário do STF qual seria a melhor interpretação para os dispositivos da Convenção de Mérida e Palermo com relação a possibilidade ou não de transacionar o produto do ilícito.

Seguindo essa linha de raciocínio, foi destacado no voto do Ministro Relator que Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”), autoriza, em seu artigo 26, que os países signatários adotem “as medidas adequadas” para que integrantes de organizações criminosas colaborem para o desvendamento de sua estrutura e a identificação de coautores e partícipes;

Na mesma toada, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”), aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 348/05 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, estabelece, em seu art. 37.2, que “[c]ada 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”.

Tal foi a interpretação realizada pelo Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, que não vislumbrou incompatibilidade no que tange às Convenções de Mérida e Palermo, já que ambas determinam que se adotem as medidas necessárias para levar a cabo a investigação de organizações criminosas e crimes de embranquecimento de capitais.

Foi neste caminho que se desenvolveu a argumentação do Relator, que entendeu pela possibilidade de negociação dos efeitos extrapenais da condenação na via da colaboração premiada, conforme trecho do acórdão do STF:

10. 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 premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador.

[...]

Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (no sentido, repita-se, de abrandamento das consequências do crime), parece-me lícito, sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema, que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador dentre as “condições da proposta do

Ministério Público ou do delegado de polícia” (art. 6º, II, da Lei n.º 12.850/13), possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa.

[...]

Embora o confisco, de acordo com o art. 92, II, c, do Código Penal, não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma interpretação teleológica das expressões “redução de pena”, prevista na Convenção de Palermo, e “mitigação de pena”, prevista na Convenção de Mérida, permite que elas compreendam, enquanto abrandamento das consequências do crime, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação (BRASIL, 2015).

Partindo de uma interpretação teleológica das expressões “redução de pena” e “mitigação de pena”, previstas na Convenção de Palermo e na de Mérida, respectivamente, o STF entendeu-se como lícito o acordo de colaboração também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa, vejamos:

Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (no sentido, repita-se, de abrandamento das consequências do crime), parece-me lícito, sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema, que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador dentre as “condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia” (art. 6º, II, da Lei nº 12.850/13), possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa (BRASIL, 2015).

Sabe-se que a condenação é fato jurídico que irradia um plexo de situações jurídicas, dentre as quais estão a pena propriamente dita, que pode ser a típica privativa de liberdade, e os efeitos da pena, que também não deixam de ser uma forma de sanção ao condenado.

Lembra-se que é, com base justamente nos efeitos automáticos da condenação previstos no artigo 91 do Código Penal, que a corrente mais conservadora entende pela impossibilidade de transacionar o ilícito, assim como não se poderia dispor sobre a perda da primariedade do réu, por exemplo, porquanto ela também é efeito automático da pena (BOTTINI, 2015).

É compreensível que parcela da população possa não concordar com a autorização de permanência de parte de valores ou bens advindos da prática do ilícito, com o agente colaborador. Ocorre que essa garantia é um rele adiantamento dos deveres legais do Estado, desobrigando, nesta senda, o Poder Público, de futuras incumbências para com o delator (PEREIRA, 2019, p. 183).

Muito embora a Lei n.º 9.613/1998 preveja em seu art. 7º, I, a perda de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou

ocultação de bens, direitos e valores⁹⁴, em conjunto com o texto normativo do art. 91, II, *b* do Decreto-Lei n.º 2.848/1940, deve-se considerar que não se pode cogitar em efeito extrapenal enquanto não houver pena fixada.

Do mesmo modo, se a colaboração premiada pode conduzir ao não oferecimento da denúncia nas hipóteses em que o colaborador (a) não é líder da organização criminosa; (b) for o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13), entendeu o acórdão do STF que “parece-me plausível que determinados bens do colaborador possam ser imunizados contra esse efeito no acordo de colaboração, no caso de uma sentença condenatória” (BRASIL, 2015).

Cumprе ressaltar, também, que essa cláusula patrimonial que somente surtirá efeitos se o acordo de colaboração premiada for cumprido na íntegra, ocasião na qual terá direito subjetivo a sua aplicação. Veja-se:

O acordo preliminar homologado judicialmente não importa a concessão antecipada do benefício, mas significa que, preenchidos os seus termos, cumprindo o agente com suas obrigações e ônus assumidos no acerto, passa a ter direito a tratamento favorável, o que deveria mesmo constar no termo, o qual é condicional, mas vinculado pelo seu conteúdo (PEREIRA, 2019, p. 138).

Tal argumento, consoante o julgado do STF (HC n.º 127.483/PR), caminha lado a lado com o disposto no art. 5º, I da Lei n.º 12.850/2013⁹⁵, o qual elucida que é direito do colaborador usufruir de medidas de proteção previstas na legislação específica “combinado com o art. 6º⁹⁶,

⁹⁴ Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

§ 1º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quanto aos processos de competência da Justiça Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função.

§ 2º Os instrumentos do crime sem valor econômico cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação.

⁹⁵ Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

⁹⁶ Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

locus normativo onde se prevê o conteúdo do acordo de colaboração premiada, e o inciso V da referida Lei prescreve que pode compor o contrato personalíssimo: “a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário”. Esse foi, inclusive, um dos últimos argumentos suscitados no acórdão do STF ora em debate:

Ora, se um dos objetivos do programa de proteção é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, possibilitar-se que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostrasse congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação.

Em suma, não soa desarrazoado que o Estado-Administração, representado pelo titular da ação penal pública, possa dispor, no acordo de colaboração, sobre questões de natureza patrimonial, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé.

Ademais, essa cláusula patrimonial somente produzirá efeitos se o agente colaborador cumprir integralmente a obrigação por ele assumida no acordo, quando, então, terá direito subjetivo a sua aplicação (BRASIL, 2015).

Naturalmente, a interpretação do referido dispositivo não elide a possibilidade de acordar acerca dos bens ilícitos oriundos das práticas delitivas. Muito pelo contrário: aparentemente autoriza a utilização de tais bens em prol da família, já que assim se estaria, de certa forma, protegendo a entidade familiar, *ratio* esta que se aplicou ao acordo firmado entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef, e que assegurou dois de seus imóveis, oriundos de crimes, às filhas e à ex-cônjuge.

A Lei n.º 9.807/1999, a qual institui normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, possui disposto no seu art. 7º diversas medidas passíveis de utilizar, a fim de proteger a testemunha ou vítima.⁹⁷

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

⁹⁷ Art. 7º, Lei n. 9.807/99: Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

Em analogia, poder-se-ia justificar as cláusulas de negociação acerca dos efeitos extrapenais de cunho patrimonial em sede de colaboração premiada, pois a *ratio legis* do art. 6º, inciso V, da Lei n.º 12.850/2013 não se distingue muito daquele presente nos incisos III e V da Lei de Proteção da Testemunha, como se pode notar pelo seu teor:

- III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
- V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda.

Com base nesse último argumento de amparo social, o acórdão em análise observa que um dos objetivos do programa de proteção é justamente conseguir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, devendo o Estado fornecer até mesmo auxílio mensal quando necessário.

Com efeito, possibilitar que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores se mostra congruente com os mencionados fins, até mesmo por desonerar o Estado daquela obrigação legal.

Aqui também não é possível cogitar que o criminoso já cometa o crime prevendo que será descoberto e, ainda, que ficará com parte do ilícito após negociar com o órgão acusador, visto que (i) ninguém comete um crime planejando ser preso ou descoberto; (ii) não existe nenhum direito subjetivo na propositura do acordo de colaboração, tampouco de que no bojo desse pacto será previsto a transação sobre o produto do ilícito (que é uma hipótese totalmente excepcional, longe de constituir uma regra); e (iii) os acordos de colaboração são negócios jurídicos personalíssimos, ou seja, o fato de o colaborador Alberto Youssef ter feito um pacto negociando o produto do ilícito, não há nenhuma previsão legal que determina sua aplicação em outros casos concretos.

Tal argumento de inserir no custo-benefício do crime o futuro acordo de colaboração é plausível, pois sempre caberá a crítica que o sujeito cometeu o crime já prevendo usufruir das benesses legais.

Os espaços de consenso tratam, de uma forma, de despenalizar, mas que igualmente faz com que o sujeito avalie os benefícios e malefícios de praticar a conduta criminosa. Por certo, as teorias economicistas do direito penal refletem institutos despenalizados, interessando neste caso a redução de custos e o apoio as penas alternativas, desincentivando a imposição de penas privativas de liberdade (GONÇALVES, 2022).

Em verdade, o Estado gastará muito menos nas hipóteses onde exista um acordo firmado diante dos elevados custos para cumprir uma pena condenatória de prisão e as próprias despesas

atreladas a movimentação e aos desdobramentos de um processo criminal, devendo tudo isso ser considerado pelo Poder Estatal, por meio do exame das teorias econômicas dos delitos e das penas, as quais estão erigidas através da análise do custo-benefício da prática da conduta delitiva⁹⁸.

Por último e não menos importante, existem doutrinadores que defendem a possibilidade de transacionar o produto do ilícito quando couber o perdão judicial, diante da consequente extinção de punibilidade, sem qualquer efeito condenatório (artigo 107, inciso IX, do CP).

Assim, embora prevaleça um dissenso na doutrina, predomina o posicionamento de que em tais casos de perdão não se aplica o artigo art. 91, inc. II, b, do Código Penal⁹⁹, que prevê a perda do produto do crime em favor da União como efeito da condenação.

⁹⁸ Sobre análise do custo-benefício da conduta criminosa: “Dos vários segmentos jurídicos, o que possui maior clamor social, urgindo grandes reformas, necessitando da contribuição interdisciplinar, é o Direito Penal. Nesse campo, a Teoria Econômica revela mecanismos e estudos que podem proporcionar uma real evolução e revolução da forma jurídico-penal de pensar. As teorias econômicas dos delitos e das penas estão erigidas através da análise do custo-benefício da prática da conduta delitiva, bem como daqueles responsáveis pela elaboração de políticas criminais. Desvela-se então, a pena como "preço" a ser pago pelo pretense delinquente. Ou seja: haveria uma análise prévia do criminoso acerca dos custos e dos benefícios que a conduta ilegal poderá lhe proporcionar. Na medida em que os ganhos superem os custos, a conduta será praticada. O comportamento delinquente se assemelha a qualquer outro comportamento racionalmente desencadeado no qual o indivíduo, ante uma escolha qualquer, avalia os diferentes custos e benefícios possíveis e previsíveis de sua conduta e atua consciente de suas prováveis consequências. Atualmente, apesar de o Estado gastar milhões de reais em construção, equipamento e manutenção das instalações penitenciárias, além da perda econômica que se supõe manter milhares de pessoas inativas e alheias ao processo produtivo, posto que alijadas de suas profissões habituais, pouco se avança nos indicativos de política criminal alicerçados na aplicação da pena de prisão. Desse modo, pode-se dizer que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada de forma bastante comedida em razão dos altos custos financeiros que a mesma acarreta para a sociedade. Por isso, tendo consciência de que não há como zerar a criminalidade, resta ao Estado conviver com ela, mas suportando-a o mínimo possível. Impondo a aplicação de penas pecuniárias, os custos serão consideravelmente mais baixos do que se utilizada a pena de prisão. Trata-se, portanto, de uma forma, ainda que por motivos econômicos, de despenalizar, mas que igualmente faz com que o agente avalie os benefícios e malefícios daquela conduta. Por óbvio, as teorias economicistas do direito penal refletem institutos despenalizadores, uma vez que como o que interessa é a redução de custos, através do desincentivo à imposição de penas privativas de liberdade, e apoio às penas alternativas. O Estado, pois, abre mão do jus puniendi da pena privativa de liberdade, ao passo que economiza no combate à conduta delituosa, enquanto que o agente, em contrapartida, garante a sua liberdade, mas deverá dar sua contraprestação através da penalidade pecuniária. O custo-benefício do crime ainda é alto para os cofres públicos, tendo em vista a ineficácia das penas privativas de liberdade. Quem sabe a economia não nos auxilia a entender esse fenômeno, impondo penas que pesem diretamente no bolso dos autores e alivie as contas do Estado.” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-16/carlos-eduardo-goncalves-custo-beneficio-crime>. Acesso em: 17 dez. 2022.

⁹⁹ Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Em outros termos, o Ministério Público poderia incluir uma cláusula beneficiando o colaborador ou a sua família consistente na utilização de um bem ou na permanência da propriedade de um imóvel:

Com efeito, pode admitir-se alguma espécie de concessão no campo patrimonial apenas na hipótese de atribuição do perdão judicial, tendo em vista a natureza da sentença concessiva de extinção da punibilidade com base no inc. IX do art. 107 do CP. Embora permaneça algum dissenso na doutrina, prevalece o entendimento de que, pelo perdão judicial, o acusado não é considerado condenado, havendo sim, decisão declaratória de extinção da punibilidade, sem qualquer efeito condenatório, portanto não haveria que se cogitar da incidência do art. 91, inc. II, b, do Código Penal, como ocorre nos casos de mera redução da penalidade aplicada, e o órgão do MP poderia incluir um benefício ao colaborador consistente na utilização do proveito auferido pela prática do crime; de qualquer modo, a decisão não vincularia o juízo civil em eventual ação para o ressarcimento ou restituição desses bens ou valores (PEREIRA, 2019, p. 140-141).

Trata-se, por certo, de um debate inacabado que merece uma maior reflexão acadêmica e conta com argumentos relevantes para ambas os lados, devendo ser objeto de mais pesquisas na legislação brasileira e alienígena, a fim de estabelecermos os limites legais e até onde vai o poder de barganha do acusado no momento de pactuar um acordo de colaboração com o órgão acusador.

É certo que apenas com o aprimoramento da pesquisa acadêmica é que a doutrina e a jurisprudência poderão tornar mais eficiente a utilização do instituto da colaboração premiada, bem como estabelecer o seu alcance e fixar os limites legais.

Até lá, é importante ter em mente que o STF autoriza a negociação do produto do ilícito no âmbito da colaboração, muito embora ainda não tenha exaurido a discussão e fixado os parâmetros que deverão nortear as partes. Pode se cogitar, portanto, que é um cheque em branco, assinado pela Corte do Supremo e sem limite de valores.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa não pretende sanar todas as dúvidas que permeiam a resolução penal pactuada, em especial o instituto da colaboração premiada.

Ao contrário, o objetivo é lançar luzes especificamente sobre a questão dos benefícios passíveis de serem pactuados em um acordo de colaboração. Para tanto, diante da carência de material acerca do tema, foram esmiuçadas a doutrina e especialmente o acórdão do Supremo Tribunal Federal que enfrentou pela primeira vez a questão, com o escopo de definir, ao final, se é possível ou não transacionar sobre o produto do ilícito.

A análise foi feita à luz dos votos dos Ministros que integram a Suprema Corte, da doutrina, e das Convenções Internacionais de Mérida e Palermo, as quais foram incorporadas em nosso ordenamento jurídico e orientam a aplicação das normas que compõe o microsistema da colaboração premiada.

Durante a pesquisa, constatou-se que o advento da Justiça Penal Negociada no Brasil se deu em meio ao incremento da crise paradigmática da pena privativa de liberdade, uma vez que representam elevados custos ao Estado que deve fiscalizar o seu cumprimento.

Verificou-se que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual que pode se constituir tanto em meio de obtenção de prova (para a acusação) como uma estratégia de defesa (para o investigado), calcada no princípio da ampla defesa.

Trata-se, em verdade, do único meio de obtenção de prova que depende da voluntariedade e da concordância do colaborador. A imposição, por certo, é incompatível com a sua natureza negocial.

Foi demonstrado também que a negociação no processo penal é uma tendência nacional e internacional, na qual incide os princípios da autonomia da vontade, da lealdade e da boa-fé objetiva, devendo a lógica do ganha-ganha guiar a relação, de modo que ambas as partes tenham benefícios com a formulação do acordo.

Além disso, a partir de uma breve análise da teoria econômica do delito, constatou-se que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada de forma bastante controlada diante dos altos custos financeiros que a mesma acarreta para a sociedade.

A título de exemplo, ao impor uma pena pecuniária ou uma restritiva de direitos, as despesas estatais inevitavelmente serão muito mais baixas do que se utilizada a pena de prisão, devendo ser levado em consideração os altos custos financeiros que o encarceramento representa para a sociedade, pois ao mesmo tempo em que é necessário manter e ampliar as

instalações penitenciárias, são milhares de presos alijados de suas profissões que se encontram inativos e alheios ao processo produtivo, mesmo tendo plena condições de trabalhar e seguir produzindo riquezas licitamente (GONÇALVES, 2022).

O Estado, de um lado, abre mão do poder de punir da pena privativa de liberdade, ao passo que economiza no combate à conduta delituosa, enquanto que o agente, de outro, garante a sua liberdade (GONÇALVES, 2022) ou parte do seu patrimônio angariado com o produto do ilícito, mas deverá dar sua contraprestação através da efetiva colaboração com o Poder Público, seja na recuperação ou indicação da localização dos produtos do crime, seja na revelação do nome dos coatores ou partícipes do crime.

Atualmente, outro fator que deve ser levado em consideração é a globalização, que evidenciou ainda mais a dificuldade de o direito penal e processual penal em se harmonizar com a evolução do corpo social – avanços estes que não cessam. Prova disso é a diferença entre o tempo do direito e o tempo social, fator capaz de gerar adversidades corpulentas e dificuldades de eficácia no que diz respeito a mecanismos sociais no âmbito jurídico (LEITE, 2013, p. 297).

A vagareza da justiça brasileira – inserindo-se, aqui, tanto o âmbito civil quanto penal – passou a ser tema constante em todas as doutrinas, que ansiavam pelo encontro de soluções mais rápidas e simplificadas de conflitos, fator que auxiliaria a diminuir o número exacerbado de processos judiciais.

A justiça consensual, isto posto, pode ser tida como um novo modelo de processo penal, menos repressivo, mais barato, e promovedor de participação, diálogo e acesso aos meios jurisdicionais, além de prestigiar os interesses da vítima (LEITE, 2013, p. 298) e ser menos custosa que as tradicionais penas privativas de liberdade.

Não há, portanto, um “cheque em branco” na negociação dos benefícios (MANZANO; ESSADO, 2017, p. 208), porquanto a autonomia da vontade a qual se faz presente durante sua pactuação não é ilimitada em função dos inúmeros interesses públicos envolvidos¹⁰⁰.

Diante de todo um microssistema da colaboração premiada, o investigado possui diversas opções que podem incentivá-lo a prestar seus depoimentos de maneira segura, sigilosa e efetiva, de modo a tornar o negócio jurídico processual mais atrativo para ele.

Aliás, evidenciou-se que a motivação do delator é totalmente irrelevante, podendo ter colaborado por motivo de estratégia processual (melhorando a sua situação face a uma sentença condenatória), arrependimento ou, até mesmo, vingança. Não importa o motivo.

¹⁰⁰ Na verdade, a terminologia mais correta – embora não seja muito empregada no Direito Penal e Processual Penal – é autonomia privada, uma vez que destaca que a noção de que a vontade, por si só, não é capaz de engendrar normas jurídicas senão diante do prévio respaldo legal.

Em regra, durante a fase de negociação das cláusulas do acordo, o investigado buscará os melhores benefícios para atenuar a pena que pode advir de eventual condenação, ou ainda, visará a diminuir os danos que recairão sobre seu patrimônio sob a roupagem de indenizações e multas, melhorando, por certo, a sua posição no processo (estratégia defensiva) e auxiliando o órgão acusador como um importante meio de obtenção de provas (estratégia de acusação).

Destaca-se que não se trata de imoralidade barganhar ou negociar com o Ministério Público ou o Delegado de Polícia, uma vez que a matriz utilitarista também está presente na própria origem do acordo de colaboração premiada, de forma que é natural que tanto o órgão acusador quanto o hipotético réu busquem potencializar as vantagens da sua celebração (SOUSA, 2020, p. 104).

Esta é a gênese da teoria da utilidade, que possui como máxima “agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar”. A promoção do referido “bem-estar” se percebe existente, por exemplo, quando um procedimento criminal mais célere, alicerçado na confissão do réu, é capaz de dismantelar toda uma organização por trás do crime (SOUSA, 2020, p. 238).

Interessante enunciar que os ajustes tidos em sede de processo penal não devem existir somente visando reduzir a carga de trabalho dos operadores do direito e diminuir a quantidade de processos para julgamento ou a despesas decorrente do trâmite da persecução penal. Isso porque o consenso busca colaborar para a efetivação de um costume de confiança das partes na concretização de uma justiça justa, convertendo em acessíveis os mecanismos legais para a solução de problemas que afligem o convívio social (LEITE, 2013, p. 300-301).

Entretanto, existe uma gritante diferença de poder entre o órgão acusador e o investigado, de modo que é de suma importância que se assegure que o utilitarismo não corrompa direitos e garantias fundamentais em prol da persecução penal que se empreende contra o lado mais fraco, que é o do colaborador e dos demais réus integrantes da organização criminosa¹⁰¹.

Quando se fala em um processo penal abreviado, não se pode olvidar ou desprezar as garantias processuais do investigado, de tal modo que o estado não pode se valer da coerção para pressionar o acusado a colaborar. Não por acaso, qualquer medida praticada no que diz

¹⁰¹ “A possibilidade de acordos, de composições, de delações, conforme salienta Pinto de Albuquerque, é uma realidade aceita em todos os quadrantes, daí inclusive a possibilidade de um processo abreviado (ALBUQUERQUE, 2009, p. 437), o que não seria desprezível, embora discutível do ponto de vista das garantias. Porém, é fundamental que o Estado não se utilize de meios de coação para pressionar o acusado a confessar o que fez e o que não fez, o que os outros fizeram e não fizeram, com o interesse de obter apenas vantagens processuais, por intermédio da traição, da delação, da violação da confiança, sem atentar para outros princípios que conformam a nossa realidade processual e constitucional. Não esqueçamos daquela realidade sempre lembrada: processo penal é direito constitucional que se aplica no cotidiano” (WEDY, 2016, p. 228).

respeito à pessoa acusada de cometer ato ilícito, tem o dever respeitar os direitos e garantias fundamentais, a fim de salvaguardar a dignidade da pessoa humana (LEITE, 2013, p. 298)¹⁰².

Ressalta-se que a “eficiência processual” não representa circunstância negativa, uma vez que o processo deve ser célere e eficiente, dando respostas a sociedade e com o menor custo possível para a ente público. Até mesmo porque é dever do Estado agir e se conduzir pela eficiência (LEITE, 2013, p. 298).

Nesse espectro, a positivação do atual acordo de colaboração premiada é vista como o marco consolidador de tal modelo negocial, mas que trouxe consigo uma série de questionamentos e adversidades – provando que o Brasil é, de fato, um país de desafios.

Dos mais diversos dilemas trazidos pela Lei n.º 12.850/2013, a possibilidade de se transacionar o produto do ilícito foi uma das que mais recebeu destaque pelo *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR, julgado no Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, que exerceu uma nítida função de sistematizar e delimitar o instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobretudo, há grande dificuldade em demarcar seus parâmetros, já que diversas noções que subsidiam tal acordo são oriundas de ramos do Direito Privado¹⁰³. A colaboração premiada, tão logo, não é uma unanimidade no ordenamento jurídico, recebendo críticas de nomes, como Aury Lopes Junior e Nicolás Rodriguez Garcia.

As críticas contrárias à barganha, como bem pontuado por Marllon Sousa no livro “*Plea Bargaining* no Brasil: O Processo Penal por Meio do Equilíbrio entre o Utilitarismo Processual e os Direitos Fundamentais do Réu”, em suma, giram em torno de quatro classes: a) econômica; b) social; c) legal; e d) pragmática.

Enquanto a crítica social se desenvolve pelo argumento de que os hipossuficientes não seriam amparados pelo instituto da barganha, a econômica defende que o Estado é impedido de manipular os indivíduos como “instrumentos”, a fim de economizar tempo e dinheiro. Já a

¹⁰² Flávio da Silva Andrade, de igual maneira, enuncia: “Torna-se perceptível a opção pela análise econômica do direito (law and economics) na celebração dos acordos de colaboração premiada na Operação Lava Jato pelos Procuradores da República, pois, conforme informações prestadas pelo Ministério Público Federal, a concretização dos acordos leva em conta a análise dos custos e benefícios sociais, considerando variáveis tais como revelação dos crimes praticados e dos coautores, corroboração probatória do réu colaborador (provas que serão disponibilizadas), a relevância social dos fatos e das informações no contexto da investigação, a recuperação do proveito econômico auferido com os crimes, entre outras, sendo que o acordo só é celebrado quando os benefícios superarem significativamente os custos para a sociedade” (SILVA, 2017, p. 297).

¹⁰³ “Chama atenção a busca que se fez de institutos do direito privado, como expressamente mencionado pelo relator. Com efeito, a autonomia da vontade tem como parâmetro a disponibilidade dos direitos, permitindo que a transação possa ocorrer a qualquer tempo. Se tomar-se a liberdade ou o direito a não autoincriminação como direitos indisponíveis, deve-se aprofundar o debate se, de fato, os institutos do direito privado aplicam-se sem restrição” (RODRIGUES, 2019, p. 181).

crítica legal enuncia que o *Plea Bargaining* tropicalizado prejudica o devido processo legal; e, por fim, a crítica pragmática aduz que a delação, em verdade, gravitaria na legislação como “mais um regramento inútil” (SOUSA, 2021, p. 201).

Quando o assunto é a transação do produto do ilícito, não é diferente. Eugênio Pacelli e André Callegari, sustentam que se o porte, uso ou detenção de algum objeto compreende fato ilícito, não há como se proceder sua devolução ao Autor do delito, tal qual Pierpaolo Bottini e Guilherme de Souza Nucci.

Bottini, reverbera que o art. 91 do Código Penal prevê os efeitos automáticos da pena, sendo, portanto, indisponíveis. Assim, a perda do produto do ilícito sempre escoltaria a pena, independentemente de motivação ou desejo dos magistrados (BOTTINI, 2015).

Esse raciocínio, segundo o autor, pode ser excepcionado nas hipóteses que envolvam a “*não denuncia*” do colaborador, quando (i) não for o *líder* da organização criminosa, e (ii) for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Nesses casos, é plenamente possível negociar a manutenção de patrimônio, uma vez que não existirá a *condenação*, e, assim, pode faltar o juízo sobre a origem ilícita do patrimônio.

De toda sorte, em que pesem as críticas que possam ser movidas contra a possibilidade de transacionar o produto do ilícito em sede do acordo de colaboração premiada, o acórdão que julgou o HC n.º 127.483/PR se valeu de uma interpretação teleológica das Convenções de Palermo e de Mérida, que foram ratificadas pelo Brasil, para chegar à conclusão de que é possível a negociação.

Ambas as Convenções, segundo os Ministros da Corte Suprema, autorizam expressamente que os Estados membros adotem os mecanismos que se mostrarem pertinentes e necessários para promover o desmantelamento das organizações criminosas e o combate à corrupção, de modo a incentivar integrantes de tais grupos a delatarem seus companheiros (BRASIL, 2015).

A ausência de proibição expressa de se realizar uma pactuação do tipo pelo Código Penal e demais legislações extravagantes, como a própria Lei n.º 12.850/2013, é fator que, segundo Norberto Bobbio, Greco Filho e Frederico Valdez Pereira, também viabilizam a negociação em tal contexto.

De acordo com os defensores da transação do produto do crime, a Lei n.º 12.850/2013 possui natureza especial em relação ao Decreto-Lei n.º 2.848/2013, porquanto, ainda que houvesse eventual antinomia entre eles (o que sustentam não haver, visto que os marcos temporais da colaboração premiada e da sentença são distintos), a primeira prevaleceria sobre o segundo.

É direito do colaborador obter a devida proteção do Estado durante o período de cumprimento dos termos do acordo homologado, sendo que o fato de ser um “criminoso profissional” ou de possuir uma personalidade moralmente questionável, não são elementos aptos a impedir a celebração do referido negócio jurídico processual, como ressaltado no julgamento do *writ* n.º 127.483/PR.

Não obstante, a Corte Suprema enuncia que tal proteção dirigida ao delator se deve à indispensabilidade de proporcionar, a este e sua família, meios de subsistência econômico-financeira. Isso tudo, ainda, conforme assegurado pelo artigo 5º, I, da Lei n.º 12.850/2013 e artigo 7º da Lei n.º 9.807/1999 (PEREIRA, 2019, p. 182).

Salienta-se, por oportuno, que a utilização do acordo de colaboração premiada, por si só, é excepcional, porquanto necessita do preenchimento de uma série de requisitos, conforme visto, que devem levar em conta uma ponderação entre a pretensão punitiva do Estado, os benefícios que serão concedidos, e a utilidade do acordo para o deslinde do feito.

É mais excepcional ainda a possibilidade de o investigado manter consigo parte dos proventos indevidos que adquiriu durante o exercício das práticas criminosas, não sendo algo que deva ser apreciado com frequência nos tribunais brasileiros.

Assim sendo, indispensável prolar que a existência de um pacto colaborativo não pressupõe a prejudicialidade do devido processo legal. Até mesmo porque o agente, amparado pela Constituição Federal – que prevê direitos fundamentais inalienáveis – fará jus a todos eles, incluindo o direito à assistência jurídica de defensor, que o patrocinará em toda essa ação simplificada e mais célere (SOUSA, 2021, p. 202).

A referida perspectiva, inclusive, desonera o Poder Público deste encargo, porquanto o já citado artigo 7º da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n.º 9.807/1999), é claro ao reverberar que o Estado possui obrigações conquanto a colaboradores da justiça. Isso quer dizer, portanto, que, a este Estado, é compulsória a execução de ações voltadas à “ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar [...]” (PEREIRA, 2019, p. 183).

Seguindo, a própria existência de melhores benefícios em sede do acordo de colaboração premiada é um fator que colabora para uma espécie de prevenção especial, uma vez que se contribui para criar uma maior instabilidade no âmbito das organizações criminosas (BITTAR, 2020, p. 151).

Em suma, percebe-se que pode ser mais vantajoso ao investigado entregar todo o esquema criminoso e delatar seus antigos companheiros a permanecer em silêncio e ter imposto

contra ele uma sanção ainda mais severa que aquela que resultaria da feitura de uma colaboração premiada.

Com a possibilidade de transacionar o produto do ilícito, o aumento da efetividade do acordo de colaboração premiada não se traduz somente na maior gama de benefícios que estarão disponíveis ao investigado, mas também no maior número de pessoas que se interessarão em contribuir com a persecução penal e, por conseguinte, em promover o desmantelamento das organizações criminosas e a recuperação dos ativos que foram desviados durante muito tempo – que é a mínima eficiência que se espera que resulte do combate ao crime pelo Estado¹⁰⁴.

É possível notar que, ao analisar o instituto do *plea bargaining* importado pelo Brasil, a colaboração premiada pode ser tida como uma boa saída às antigas contrariedades que envolvem a ineficácia dos julgamentos criminais nos Tribunais pátrios (SOUSA, 2020, p. 259).

É necessário que se garanta, porém, que a persecução penal empreendida com os elementos obtidos através da colaboração premiada não contrarie os preceitos constitucionais, de modo que só é possível averiguar a legitimidade de seu procedimento quando ele assegura a ambas as partes o exercício de seus direitos e a defesa das garantias constitucionais (FERNANDES, 2008, p. 24).

Assim, conquanto se trate de uma discussão inacabada, de maneira que existem tanto posição favorável quanto desfavorável a pactuação sobre produto do crime, o julgamento paradigmático do *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR serve como um importante referencial acerca dos limites que as partes podem dispor ao confeccionar as cláusulas do acordo de colaboração.

Em que pesem as críticas que possam ser movidas contra a possibilidade de negociar o produto do ilícito em sede do acordo de colaboração premiada, é preciso desburocratizar, reduzir custos desnecessários e seguir buscando a solução mais célere dos conflitos através da implementação de institutos despenalizadores, como aqueles criados no ano de 1995 com a promulgação da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95) e demais legislações que se seguiram.

¹⁰⁴ “Se a toda ação estatal é exigida a busca da eficiência, não pode a persecução criminal isto dispensar. É dever do estado substituir-se à sociedade na investigação e condenação de criminosos, sempre conforme os critérios legais. Conforme mencionamos anteriormente, na criminalidade organizada, a investigação e a demonstração de culpa se constituem em aspecto especialmente difícil. A especialização e compartimentação, típicas no crime organizado, tornam difícil demonstrar quem esse crime comete e como o realiza na organização. A Lei da Criminalidade Organizada prevê inclusive especiais meios investigatórios para a mais eficiente detecção dos crimes [...]. De todos esses meios de obtenção de prova, é a colaboração premiada o que melhor desempenho tem mostrado no país. Na última década, grandes operações policiais demonstraram eficiência na descoberta de graves crimes praticados por grupos criminosos estruturados, com frequência a partir de delações” (CORDEIRO, 2020, p. 75-76).

A resolutividade, nos mais variados aspectos da vida humana, deve ser incentivada. À medida em que o processo penal da colaboração premiada for se desenvolvendo no Brasil, será possível buscar os mecanismos eficientes para conter os abusos e as limitações de poder aperfeiçoando a legislação sobre a matéria.

É certo que, ainda que a jurisprudência solucione dia após dia as questões mais polêmicas que giram em torno do instituto, como a enfrentada na presente pesquisa, é necessário reconhecer a necessidade de uma regulamentação legal mais abrangente sobre o tema. Somente assim a colaboração premiada ganhará contornos mais sólidos para ser efetivamente incorporada ao Direito Processual Penal brasileiro acompanhada da segurança jurídica para a sua ampla utilização.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017.

ALMEIDA, Andreia Alves de; PEREIRA, Fabíola de Jesus. A eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção: o efeito dominó na Operação Lava Jato. *In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; STAFFEN, Márcio Ricardo; RIBEIRO, Diaulas Costa (Org.). Direito Penal e Constituição*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**. Salvador: Juspodivm, 2022.

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. *In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei n.º 12.850/13. *In: Consulex*, n. 443, fev. 2015, p. 26-29.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? *In: Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2017.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril, 1974.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**. 3ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOTINNI, Pierpaolo. Delação premiada não evita a perda de bens provenientes do crime. *In: ConJur*. 22 de dez. de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-22/delacao-premiada-nao-evita-perda-bens-provenientes-crime>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BOTTINO, Thiago. Cooperação premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, set.-out. 2016, p. 359-390.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 127.483/Paraná*. Plenário. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outros(as). Coautor: relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 23 mar. 2022.

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.

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

CARVALHO, Carlos de. *Direito Civil Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain: Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

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

CRUZ, Flávio Antônio da. *Plea Bargaining e Delação Premiada: algumas perplexidades*. *In: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ed. 02, dez. 2016.

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. *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 151-183, 2020.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1984.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n.º12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – Um diálogo com o Direito Processual Civil. *In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos (Orgs.). *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**. Tradução de Maria Inês Mansinho *et al.* Lisboa: Presença, 1977, v. 1.

FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcelle. **Coisas da Cosa Nostra**: a máfia vista por seu pior inimigo. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

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

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

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá. 2009.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova - reflexos no processo penal brasileiro. *In: Yarshell, Flávio Luiz; ZANOIDE, Maurício (orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover Moraes*. São Paulo, DSJ Ed., 2005.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. A delação premiada como fundamento de prisão preventiva. *In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n.º 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. *In: Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, v. 1, n. 1, 2013.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma nova política criminal. Tradução Adriana Beckman Meirelles. *In: HASSEMER, Winfried. Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LANGER, Máximo. *From legal transplants to legal translation: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. In: **Harvard International Law Journal I**, v. 45, 2004.

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

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2.^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**. 2^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MANZANO, Luis Fernando de Moraes; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração Premiada: entre a eficiência e o garantismo. In: VAZ, Denise Provasi *et al.* **Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: Editora LiberArts, 2017.

MARQUES, Lúcio Guimarães. Aspectos e problemas da rescisão do acordo de delação premiada. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAURO, Roberta. Direitos reais e autonomia da vontade (O princípio da tipicidade dos direitos reais); resenha do livro de André Pinto da Rocha Osório Gondinho. Rio de Janeiro: Renovar. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro: PADMA, jul.-set. 2001.

MELO, Caio Vanuti Marinho de; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Colaboração premiada unilateral como direito subjetivo. In: **Revista Digital Constitucional e Garantia de Direitos**. v. 3, n. 2, UFRN, 2020.

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, Rosa (Org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016.

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.

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

MENDONÇA, Andrey Borges. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei n.º 12.850/2013). *In: Revista Custos Legis*, v. 4, 2013.

MENDRONI, Marcelo. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDRONI, Marcelo. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2020.

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

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Colaboração premiada – aspectos jurídicos**. São Paulo: JHMIZUNO, 2016.

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*. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. XIV, n. 1, 2014.

NICOLLIT, André. **Manual de processo penal**. 7.^a ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

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

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Organização administrativa**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI André. **Manual de Direito Penal**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Criminalidade organizada**. Jurídica Brasileira, 1999.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. 4.^a ed. Curitiba: Juruá. 2019.

POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: aspectos relevantes. *In: Revista Jurídica*, Curitiba, n. 21, temática n. 5, 2008, 45-72.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. Colaboração premiada: natureza, dilemas éticos e consequências. *In: BENETTI, Giovana et al. (Org.). **Direito, cultura, método:** leituras da obra de Judith Martins-Costa.* Rio de Janeiro: GZ, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal** - Parte Geral. São Paulo: Forense, 2009.

REIS, Iuri do Lago Nogueira Cavalcante; DIAS, Yuri Coelho; CUNHA; Leandro Barbosa da. Acordo de Colaboração Premiada e Direitos Fundamentais: Desafios da Consolidação de Uma Justiça Penal Negociada. *In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. (Orgs.). **Direitos fundamentais em processo:** estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União.* Brasília: ESMPU, 2020.

RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. **O problema do contrato:** as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

RODRIGUES, Joaquim Pedro de Medeiros. A colaboração premiada na perspectiva do julgamento do HC 127.483-PR. *In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Colaboração premiada:** aspectos teóricos e práticos.* São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

ROSA, Alexandre de Moraes. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal.** 2ª ed. Empório do Direito, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SACRAMENTO, Bruno. A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy. *In: **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2,* 2019.

SCHWARTSMAN, Hélio. O dilema dos prisioneiros. *In: **Folha de São Paulo**, 18 nov.* 2014.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas:** aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2010.

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. *In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**.* v. 3, n. 1, 2017.

SILVA, Marcos Vinicius Lopes da. A natureza jurídica do acordo de delação e a (i)legalidade da não denúncia prevista na Lei n. 12.850/2013. *In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Colaboração premiada:** aspectos teóricos e práticos.* São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil*: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. 2.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. **Algumas Respostas sobre o acordo de não persecução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu.

SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP, com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2.^a ed. Salvador: Juspodvim.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: dialogo com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRANG, Robert R. *Plea Bargaining, Cooperation Agreements, And Immunity Orders*. In: **Resource Material Series**, n. 92. UNAFEI, Tokyo, Japan, mar. 2014. Disponível em: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No92/No92_05VE_Strang1.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

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

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito – proposições legislativas e políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa / Senado Federal**, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, n.º 205, jan./mar. 2015.

TORINO, Utet Giuridica. *Diritto processuale penale: Profilo istituzionale*. 5. ed. 2012.

TROTTA, Sandro Brescovit; FERREIRA, Luciano Vaz. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: Contornos históricos. In: **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 1-14, jan./jun. 2013.

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

WEDY, Miguel Tedesco. A Colaboração Premiada: entre o Utilitarismo e a Racionalidade de Princípios. In: **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, v. 18, n. 3, p. 213-231, set./dez. 2016.

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

WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Orgs.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz e DE MORAES, Maurício Zanoide. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo, DSJ ed. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.