COLABORAÇÃO PREMIADA E SEU CUSTO-BENEFÍCIO

Lívia Vilanova Cabral

Promotora de Justiça do Estado da Paraíba

Resumo

O presente artigo objetiva analisar o custo/benefício da Colaboração Premiada, especificamente se suas vantagens superam as desvantagens para o Estado e para o Colaborador. Inicialmente, apresenta o surgimento da Lei nº 12.850/2013 e dos meios de prova nela previstos. Após, dedica-se a estudar o instituto da Colaboração Premiada, sobretudo sua natureza jurídica, os limites da atuação do Juiz, o debate sobre ser ou não direito subjetivo, o momento possível para retratação, a eficácia contra terceiros (e de quais meios estes podem se utilizar para se defenderem), o escalonamento da colaboração e dos seus benefícios, o sigilo e as consequências do descumprimento. Finaliza com análise do custo/benefício da sua utilização para o Estado e para o Colaborador, tanto abstrata quanto concretamente.

Palavras-chave: Lei 12.850/2013. Corrupção. Colaboração Premiada.

Abstract

The present article has as a main goal to carry out a cost-benefit analysis of the Plea Bargain, specifically whether its advantages overcome its disadvantages for the State and the Collaborator. Initially, it presents the emergence of Law nº 12.850/2013, and the means of evidence as provided for by it. Afterwards, it is committed to investigate the Plea Bargain institute, mainly in the juridical nature, as well as the limits regarding the Judges Act, the discussion of being or not being subjective right, the possible moment for legal retraction, the efficiency against third parties (and the means they can use for self-defense), the scheduling of collaboration and its benefits, and the secrecy and the consequences of noncompliance. For last, a cost-benefit analysis comes out concerning its utilization for the State and for the Collaborator, both abstractly and concretely.

Keywords: Law 12.850/2013. Corruption. Plea Bargain.

1 Introdução

A legislação brasileira percorreu longo caminho até conceituar organização criminosa.

A Lei n.º 9.034/95 previu “meios operacionais para prevenção e

repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, mas suas lacunas (inclusive de parâmetros para sua utilização) atrapalharam sua aplicação *in concretum*:

Em decorrência dos fatos acima narrados, surge a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, definindo e regulando os meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando. Sendo que a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, trouxe nova redação, estabelecendo que a supracitada norma definiria e regularia os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Bastante criticada por ser uma norma lacunosa, era considerada mais um obstáculo às ações repressivas contra o crime organizado do que um instrumento para tal. E, também, não trouxe a definição legal do que seria uma organização criminosa, mantendo um conceito aberto, vago¹.

Ademais, não definia tal lei o que seria organização criminosa, de forma que doutrina e jurisprudência divergiam, ora equiparando a quadrilha ou bando, ora exigindo uma sofisticação e complexidade maior para uma quadrilha ser considerada organização.

Em seguida, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5015/04, mas o Supremo Tribunal Federal² entendeu pela atipicidade da conduta, vez que apenas lei pode definir crime (Princípio da Legalidade), não servindo para tanto convenção internacional.

Adveio, então, a Lei da Organização Criminosa (Lei 12.850/2013) que, além de definir organização criminosa, trouxe meios de obtenção de

¹RODRIGUES, 2015.

²“As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 121835*. Da Segunda Turma, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018).

prova, vez que os meios tradicionais não eram suficientes ou eficazes no caso de Organizações Criminosas, já que vigora pacto de silêncio entre os integrantes (*omertà*) e eventuais vítimas e testemunhas têm medo.

Por tais razões, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, ao emitir seu voto no julgamento da Ação Penal AP 470 /MG – 112 (“mensalão”), frisou que “a delação premiada seria ferramenta importante para elucidação de crimes societários, tendo em vista a dificuldade de individualização concreta de autores e partícipes nesses delitos sofisticados” (Informativo 681 do STF)³.

As próprias características das organizações criminosas demonstram a dificuldade de as combater sem instrumentos específicos:

As características das organizações criminosas modificam de espaço para espaço, mas, em regra, se assemelham no que dizem respeito: - poder econômico dos componentes- que gera a possibilidade de possuir mais armamentos, tecnologias e objetos que facilitam crimes complexos, bem como facilidades de acesso e assistencialismos sociais; - poder de corrupção - permite aliciação de informações dos entes públicos, até mesmo no trâmite da investigação ou processo para saber local e circunstância mais vantajosos para atuar; -estrutura piramidal - líder que ordena e posições/funções de cada integrante e segmento; - variedade de agentes integrantes - viabilizar largo alcance em setores diferentes; -interligação dos setores sociais - político, comunitário, público e privado; - caráter transnacional - *iter criminis* em países estrangeiros, devido diversidade de preços, acessos e lucratividades dos componentes⁴.

Dentre tais instrumentos específicos, vem cada vez mais se destacando, no cenário jurisprudencial, a Colaboração (ou Delação) Premiada.

³Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo681.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁴BORGES, 2016.

2 Colaboração Premiada

Antes da Lei n.º 12.850/2013, outras normas trataram de tal meio de prova (artigo 7º da Lei n.º 8.072 de 25.7.1990 (Crimes Hediondos), que criou o § 4º no artigo 159 do Código Penal Brasileiro; art. 1º, § 5º, da Lei n.º 9.613/1998 (lavagem de dinheiro); art. 41 da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas)], mas a Lei n.º 12.850/2013 trata tanto do aspecto material do instituto quanto do seu âmbito processual, trazendo também critérios formais para escalonamento dos benefícios. Ademais, tal lei exige um acordo de vontades prévio à análise judicial (o que não ocorre, por exemplo, na Lei n.º 9.613/1998).

De qualquer sorte, em que pese não esteja proibido que se firme Colaboração Premiada em qualquer caso de Concurso de Agentes, é recomendável que seja respeitada a razão de ser do instituto, isto é, que seu uso seja reservado para casos de relevância envolvendo macrocriminalidade, evitando sua banalização⁵. As grandes vantagens que podem ser concedidas ao colaborador demandam uma análise, caso a caso, sobre ser (ou não) recomendável seja firmado o acordo.

3 Natureza jurídica

A Colaboração Premiada, além de meio de obtenção de prova, tem natureza jurídica de negócio jurídico bilateral, que se caracteriza como contrato sinalagmático, oneroso e de natureza mista.

A Colaboração se caracteriza como um contrato (e não como uma convenção), pois as vontades manifestadas se referem a interesses contrapostos.

Aliás, o art. 4º da Lei frisa que a colaboração precisa ser voluntária – condição esta comum aos contratos em geral. Registre-se que, para esta norma, os vocábulos “espontaneidade” e “voluntariedade” são sinônimos, como já decidiu o STF:

⁵Neste sentido, FONSECA, 2017, p 41.

DELAÇÃO PREMIADA – ESPONTANEIDADE – VOLUNTARIEDADE. Os vocábulos espontaneidade e voluntariedade são sinônimos. DELAÇÃO PREMIADA – PERDÃO JUDICIAL. O perdão judicial, quanto ao crime praticado pelo colaborador, é norteado pelo alcance do que por este veiculado⁶.

Ademais, tal contrato tem natureza sinalagmática (ou bilateral) e onerosa, pois dele decorrem deveres para ambas as partes, além do que os dois contratantes terão vantagens e desvantagens (sendo estas decorrentes das vantagens do outro).

É bilateral, pois concretiza-se mediante manifestação de vontade, de um lado, do Delegado de Polícia com participação do Ministério Público, ou apenas do Ministério Público, e, do outro, do acusado, assistido por seu Defensor (art. 4º, §6º, da Lei nº 12.850/2013). O Juiz não é parte, pois não exterioriza a vontade jurisdicional, e sim homologa o negócio (que não é pressuposto de existência, mas fator de eficácia do negócio jurídico).

Tanto o Delegado de Polícia quanto o acusado, de acordo com referido dispositivo legal, aparecem com capacidade negocial relativa, já que o primeiro precisa da participação do Ministério Público, e o segundo necessita da participação do seu Defensor.

Também tem natureza mista: processual e material. Processual, pois envolve colheita de prova, podendo implicar suspensão do inquérito ou do processo e até resultar no não oferecimento da denúncia. E tem consequências materiais, pois pode se pactuar o perdão judicial (causa de extinção da punibilidade), redução da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos.

Essa definição da natureza do instituto (negócio jurídico e meio de obtenção de prova) não tem relevância meramente acadêmica ou teórica. Na atuação prática, já foi usada pelo Supremo Tribunal Federal para concluir que

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 129877*. Da Primeira Turma, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 18 de abril de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

a Colaboração Premiada, por si só, não interfere em regras de competência jurisdicional em casos de crimes não conexos:

[...] 3. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência. 4. A competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz dependerá do local em que consumados, de sua natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de foro). 5. Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica. 6. A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) quanto *ratione materiae*. 7. Nos casos de infrações conexas, praticadas em locais diversos, não de ser observadas as regras de determinação do foro prevalente previstas no art. 78 do Código de Processo Penal, uma vez que a conexão e a continência importam em unidade de processo e julgamento. 8. A prevenção, nos termos do art. 78, II, c, do Código de Processo Penal, constitui critério residual de aferição da competência. 9. Não haverá prorrogação da competência do juiz processante - alargando-a para que conheça de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente -, se não estiverem presentes i) uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e ii) uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal. 10. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, 'a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova

que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*'. Do mesmo modo, 'o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*' (RHC nº 120.379/RO, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/10/14). 11. Ainda que o juízo de origem, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões cautelares e ordenado a quebra de sigilos bancário ou fiscal e a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, essas medidas, por si sós, não geram sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (determinação do foro prevalente, no caso de conexão ou continência). 12. Os ilícitos em apuração nos procedimentos encaminhados pelo juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná se referem, dentre outros fatos, a repasses de valores por empresa prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados de servidores federais, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a utilização, em tese, de notas fiscais falsas e de empresas de fachada. 13. Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76, CPP) e de continência (art. 77, CPP) que pudessem ensejar o *simultaneus processus*, ainda que os esquemas fraudulentos possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasso de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo). 14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de 'fases da operação Lava-jato' uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de

vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência. 15. Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência. 16. A mesma razão (inexistência de conexão) que motivou o não reconhecimento da prevenção de Ministro da Suprema Corte que supervisiona a investigação de crimes relacionados à Petrobras estende-se ao juízo de primeiro grau. 17. Na determinação do foro prevalente, constata-se a existência de veementes indícios de que a suposta organização criminosa, ora investigada, estaria radicada em São Paulo, onde também teria sido emitida a maior parte das notas fiscais supostamente falsas e ocorrido a maior parte das movimentações e repasses de recursos, por meio de condutas que, em tese, poderiam tipificar crimes de lavagem de dinheiro. 18. Ademais, a denúncia já oferecida perante o Supremo Tribunal Federal pela Procuradoria-Geral da República, contra investigado não detentor de prerrogativa de foro, por infração ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, descreve que esse crime se consumou em São Paulo (Capital). 19. Considerando que o ilícito tipificado no art. 12.850/13 e a maior parte dos crimes de lavagem de dinheiro e de falsidade ideológica se consumaram em São Paulo, justifica-se a atração de todos eles para a Seção Judiciária do Estado de São Paulo, ressalvada a posterior apuração de outras infrações conexas que, por força das regras do art. 78 do Código de Processo Penal, justifiquem conclusão diversa quanto ao foro prevalente. 20. A questão de ordem se resolve no sentido do desmembramento do feito, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte somente em relação à autoridade com prerrogativa de foro, com a conseqüente remessa de cópia dos autos à Seção Judiciária do Estado de São Paulo, independentemente da publicação do acórdão, para livre distribuição, preservada a validade dos atos praticados na origem, inclusive medidas

cautelares, dentre as quais a prisão preventiva de um dos investigados, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02)⁷.

4 A atuação da autoridade judiciária

Como já dito, o Juiz não é parte na negociação, mas tem a atribuição de homologar o acordo (atribuindo-lhe eficácia, antes do que não se produzem os efeitos lá previstos), só podendo se recusar (ou o adequar) se houver ilegalidade (§ 8º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013). Não pode deixar de homologar simplesmente por não concordar com os termos da negociação, nem por não acreditar nas declarações do colaborador, pois a veracidade dos dados trazidos só será analisada em outra decisão: no julgamento do processo propriamente dito.

Em outras palavras, a decisão que homologa o acordo de Colaboração Premiada tem análise bem mais restrita que a que julga o mérito ao final do processo.

A primeira decisão tem natureza homologatória, a mesma, por exemplo, da que analisa o acordo de transação penal. Por isso, também é aplicável à Delação Premiada a Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

Sequer o fato de o agente colaborador já ter descumprido Colaboração anterior é fundamento para recusar a homologação:

Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 4130 QO*. Do Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 23 de setembro de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, *se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador.* Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). *Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza.* Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. 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). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. *Habeas corpus* do qual se conhece. Ordem denegada. 1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de habeas corpus impetrado para o

Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do habeas corpus, nos termos do art. 102, I, 'i', da Constituição Federal. 2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no 'relato da colaboração e seus possíveis resultados' (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente

adotadas em seu desfavor. 8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 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. 11. 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. 12. *Habeas corpus* do qual se conhece. Ordem denegada⁸.

A lei em comento não informa qual o recurso cabível para a decisão de homologação ou de seu indeferimento, sendo certo o cabimento de correição parcial, por se tratar de erro de procedimento do magistrado.

Já no julgamento do processo, isto é, na decisão de mérito (seja absolutória, seja condenatória), o magistrado analisa o conteúdo da colaboração no âmbito de todo o contexto probatório, mesmo porque ‘nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador’ (§ 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013).

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127483. Do Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Assim sendo, o magistrado, na conclusão do julgamento do processo, confrontará as declarações do colaborador com as demais provas produzidas, visando formar seu convencimento motivado. De qualquer sorte, ainda que tais declarações isoladas não sejam prova suficiente para condenação, são indícios suficientes de autoria para fins de servir como justa causa para receber a denúncia:

INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, CAPUT E § 4º, DA LEI 9.613/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. 1. Não contém mácula a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo ao acusado compreendê-la e exercer seu direito de defesa (Ap 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.06.2015; Inq 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 03.08.2015). 2. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 3. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, *o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia* (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. 4. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício

do mandato parlamentar (Inq 3.983 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016; e Inq 3.997 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 26.09.2016), porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (Inq 2.191, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 08.05.2009), sequer descrita nos presentes autos. 5. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317, § 1º, do Código Penal e art. 1º, V e § 4º, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012⁹. (grifou-se)

Para a sentença não é suficiente a Colaboração Premiada. Este é um dentre tantos outros meios de prova que deverão ser confrontados, visando a Verdade Real.

E se um réu manifestar seu interesse em firmar acordo de Colaboração durante uma audiência judicial? Neste caso, poderá o magistrado atuar na negociação?

Visando manter a Autoridade Judiciária em plenas condições de analisar a legalidade do negócio jurídico e objetivando, ainda, assegurar às partes a possibilidade de analisar as vantagens de firmar o acordo, o ideal é que, nem assim, o Juiz participe das negociações, suspendendo a audiência. Como defende Cibele Benevides Guedes da Fonseca (p. 122) “parece mais conveniente que, se durante um interrogatório o acusado se propuser a colaborar, suspenda-se a audiência, a fim de que as partes possam negociar o acordo, sem a presença do juiz”.

Ainda no campo da atuação da Autoridade Judiciária, há que se enfrentar a questão de o acordo ser direito subjetivo ou não, ou seja, se uma pessoa, manifestando interesse em colaborar, a concessão de benefício seria algo certo. Isto porque, havendo o direito subjetivo de firmar o acordo, o juiz poderia conceder os benefícios *ex-officio*.

Entendendo ser direito subjetivo, o acordo com o Ministério Público poderia ser dispensado, já que a Autoridade Judiciária poderia o suprir, mediante concessão dos benefícios.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 3982. Da Segunda Turma. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, DF, 07 de março de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Tal prática, entretanto, além de desrespeitar o *status* de *dominus litis* do Ministério Público, colocaria o Magistrado numa situação irregular de negociador com a parte ré e ofenderia o Princípio da Proporcionalidade. De fato, não pode o Juiz propor Transação Penal nem Suspensão Condicional do Processo, institutos aplicáveis a infrações de potencial ofensivo menor do que as que são praticadas por organizações criminosas.

Por tais motivos e, utilizando, às avessas, o ditado jurídico “quem pode o mais pode o menos”, não pode o Juiz, de ofício, conceder os benefícios da Colaboração Premiada. Caso se verifique a situação de um integrante de organização criminosa manifestar interesse em firmar acordo, e o membro do Ministério Público se recusar a tal negociação, pode o Magistrado aplicar por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal (tanto quanto se deve fazer quando há recusa de proposta de Suspensão Condicional do Processo, na dicção da Súmula 696 do STF).

Situação diversa ocorre quando colaborador e membro do Ministério Público já firmaram o acordo, e o réu, efetivamente, cumpriu os termos da Colaboração. Neste caso, há sim direito do colaborador aos benefícios previstos no acordo homologado.

5 Retratação

De acordo com o art. 4º, §10, a proposta é passível de retratação. Quanto ao momento da retratação, há três interpretações possíveis: a primeira, de que a retratação da colaboração premiada é possível a qualquer tempo, inclusive depois de homologada pelo Juiz. Tal posicionamento, entretanto, colide com a autoridade da coisa julgada, já que a homologação é uma decisão judicial que, como tal, não pode ser desconstituída por meio de um ato de vontade unilateral (a retratação); a segunda interpretação admissível é no sentido de que só é possível a retratação da proposta (ato unilateral), e não da colaboração. Em outros termos, enquanto não houvesse um negócio, mas apenas a proposta, seria possível a retratação. Esta é, aliás, a conclusão a que se chega a partir da simples leitura do dispositivo legal: “§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em

seu desfavor”. A apresentação, pela lei, da expressão “as partes” (no plural) não enfraquece tal tese, já que não só o eventual futuro colaborador pode fazer proposta, mas também o Ministério Público e a Autoridade Policial, como demonstra o art. 6º, inciso II:

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

(...)

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

a derradeira possibilidade de interpretação é no sentido de que a retratação é permitida, desde que a colaboração ainda não tenha sido homologada e se fundamenta em situações que a lei usa o termo “acordo”, referindo-se a “proposta” (como, por exemplo, §§2º e 8º do art. 4º):

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

[...]

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

Em que pese não tenha se observado um firmamento da jurisprudência sobre a questão, entendemos que, seja mera proposta unilateral, seja já acordo, o que importa é que ainda não tenha havido a homologação judicial para que possa haver a retratação, já que antes disso não há eficácia da Colaboração.

6 Eficácia contra terceiros

Outro aspecto importante a respeito da Colaboração Premiada é que é um negócio jurídico, cuja eficácia atinge terceiros que não participaram do acordo de vontades. Tal aspecto excepcionalismo se fundamenta na própria razão de ser do instituto, qual seja na coleta de provas (sobretudo identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, e revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa). A propósito:

A razão de ser do negócio é tão forte que, mesmo em caso de retratação da vontade exteriorizada, quando ainda for possível, a lei estabelece que as provas produzidas não poderão ser utilizadas exclusivamente contra o colaborador, o que pode significar, em sentido contrário, que poderão ser utilizadas contra terceiros (art. 4º, 10º)¹⁰.

Portanto, o terceiro que venha a ser atingido pela colaboração não pode arguir ausência de eficácia do acordo contra si (tese plenamente aceita para os negócios jurídicos em regra, mas não para essa exceção), mas pode se insurgir em caso de invalidade da decisão homologatória.

Em outras palavras, o terceiro inconformado com o acordo só poderá se insurgir depois de sua homologação (já que a negociação se processa sigilosamente) e, assim, terá como mira não o negócio diretamente, mas a decisão judicial que o homologou, devendo, para tanto, comprovar alguma ilicitude, como inobservância do Princípio do Promotor Natural, vício do consentimento, ausência de participação do Defensor, Juiz impedido ou suspeito, dentre outros.

Em que pese o silêncio da Lei nº 12.850 a respeito, existem dois meios para tanto: o recurso de terceiro e a ação autônoma. De fato, como o terceiro atingido não é intimado da decisão homologatória, não terá, em muitos casos, condição de ter conhecimento em prazo hábil para o recurso. Esclarecedora a lição de excelente doutrina:

¹⁰DIDIER JR; BOMFIM, 2016, p. 45.

O controle de validade há de ser garantido, notadamente ara aqueles que não tiveram a oportunidade de participar do processo de homologação, com poder de influência prévio. Se não há meio específico, é preciso que se encontre algum dentro do sistema. No âmbito do processo penal, os remédios constitucionais do *habeas corpus* (para o caso de haver restrição ou risco de restrição à liberdade) e o mandado de segurança contra ato judicial (para os demais casos) podem ser tidos como meios idôneos previstos pelo próprio sistema para que tal controle seja requerido.

Deve-se ver, aliás, que mesmo aqueles que sejam parte no acordo e no processo de homologação, em algumas hipóteses, poderiam, sendo o caso, postular o controle de validade – por exemplo, hipótese de contrato de colaboração celebrado mediante coação¹¹.

Registre-se que, tanto quanto a decisão homologatória da Colaboração Premiada observa apenas questões relativas à legalidade do acordo, a insurgência do terceiro delatado, também só deve cingir-se a estas questões, de forma que a veracidade ou não dos dados trazidos pelo colaborador pode ser juridicamente questionada apenas posteriormente, no próprio processo penal a que eventualmente o delatado responda:

TJMS: Por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do ‘relato da colaboração e seus possíveis resultados’ (art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013). [...] Outrossim, negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses. A uma porque a própria Lei nº 12.850/2013 estabelece que ‘nenhuma sentença condenatória

¹¹Idem, Ibidem, p. 48.

será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador’ (art. 4º, 16). A duas, porque, como já exposto, será assegurado ao delatado, pelo contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas. (STF – HC 127483, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.2015, processo eletrônico DJE-021 divulg. 03.02.2016, public. 04.02.2016)” (HC 1413020-10.2016.8.12.0000 – MS, 1. Câmara Criminal, rel. Manoel Mendes Carli, 24.01.2017, v.u.)¹².

7 Escalonamento da colaboração e dos benefícios

O *caput* do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 elenca os benefícios que podem ser concedidos ao colaborador (perdão judicial, redução de pena e substituição de pena) e seus incisos arrolam resultados que podem advir da contribuição do colaborador. Percebe-se que, do inciso I ao V, vai aumentando o grau de importância da colaboração até a “colaboração para libertação”:

- 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.

Quanto mais relevante o resultado alcançado graças à atuação do colaborador, mais benéfico há de ser seu prêmio. Além dessa eficácia da colaboração, são critérios para se firmar o prêmio a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso (art. 4º, §1º, da Lei 12.850/2013).

¹²NUCCI, 2017, p. 86.

Em outras palavras, os fatores previstos neste §1º, se negativos ao colaborador, não impedem que seja firmado o acordo, mas interferem em qual será o benefício que lhe poderá ser concedido.

Interessante que a legislação não exige sincero arrependimento para se firmar o acordo. Como já dito acima, voluntariedade e espontaneidade, para fins de Colaboração Premiada, não diferem.

Pois bem! Considerando que, em que pese não haver direito subjetivo de se firmar acordo, passa-se a haver tal direito depois que o acordo é firmado e cumprido. No julgamento do processo, o Juiz precisa obedecer às disposições da Colaboração Premiada. Assim, sendo o caso de sentença condenatória, fará a dosimetria, seguindo as regras comuns (previstas no artigo 59 e seguintes do Código Penal) e, em seguida, aplicará o benefício previsto no acordo. Isto deve ser feito, porque, caso o colaborador venha a descumprir o acordo, fica lá consignada a pena que precisará cumprir:

[...] ao proferir a sentença, realizará, no caso de condenação, a dosimetria da pena e dizer qual a pena seria aplicada ao réu, não houvesse ele feito o acordo. Assim, condena-se, deixando-se expressa qual a pena cabível, porém ressalva-se, ao final, que a pena concretamente aplicada será a prevista no acordo de colaboração. [...] Assim tem sido feito na Operação Lava Jato...¹³

Situação diferente ocorre quando o benefício concedido é o perdão judicial (exceção ao Princípio da Obrigatoriedade, previstos no artigo 129, I, da Constituição da República e artigo 24 do Código de Processo Penal), pois este só pode ser concedido antes da sentença condenatória (§5º do artigo 4º).

Além dos benefícios previstos no *caput* do artigo 4º (perdão, redução e substituição da pena), o §5º daquele mesmo artigo permite progressão de regime (além da redução da pena) se o acordo é firmado após a sentença condenatória.

¹³FONSECA, 2017, p. 125.

O parágrafo em questão deixa claro ser possível Colaboração na fase executiva, sendo, neste caso, o competente para a homologação o juízo da execução penal¹⁴. Tal previsão não fere a Coisa Julgada, por respeitar a individualização executória da pena.

Finalmente, além dos referidos benefícios no âmbito do processo criminal, há possibilidade de se negociar benefício no âmbito cível (por exemplo, na correspondente responsabilização por ato de improbidade administrativa), prática esta que foi adotada na Operação Lava Jato:

O réu colaborador do processo penal não tem propriamente o direito de não ser processado na seara da improbidade administrativa. Esta é uma cláusula, porém, que pode e – a nosso ver – merece ser negociada.

Sobre a leniência na improbidade, vale ressaltar que o Ministério Público Federal tem papel protagonista. Os acordos da Operação Lava Jato preveem imunidade nas ações de improbidade administrativa, o que consiste em grande benefício ao réu colaborador, diante das duras sanções da Lei nº 8.429/1992.

Tais cláusulas não vêm sendo questionadas no Judiciário, nem na primeira instância (Vara Federal em Curitiba) nem no Supremo Tribunal, que as tem homologado sem ressalvas. A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, por seu turno, também tem homologado todos os acordos feitos na seara da improbidade administrativa na Operação Lava Jato¹⁵.

¹⁴ Conforme previsto no art. 66, inciso I, da Lei da Execução Penal, “compete ao Juiz da execução aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”.

¹⁵ FONSECA, 2017, p. 150-151.

8 Sigilo

O artigo 7º da Lei em questão prevê sigilo do acordo de Colaboração Premiada até o recebimento da denúncia.

Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o amplo acesso dos autos pela defesa a que se refere a sua Súmula Vinculante 14 (“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”) depende de certos requisitos, dentre os quais o ato de colaboração não se referir à diligência em andamento:

Reclamação. 2. Direito Penal. 3. Delação premiada. ‘Operação Alba Branca’. Suposta violação à Súmula Vinculante 14. Existente. TJ/SP negou acesso à defesa ao depoimento do colaborador Marcel Ferreira Júlio, nos termos da Lei n. 12.850/13. Ocorre que o art. 7º, § 2º, do mesmo diploma legal consagra o ‘amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa’, ressalvados os referentes a diligências em andamento. É ônus da defesa requerer o acesso ao juiz que supervisiona as investigações. O acesso deve ser garantido caso estejam presentes dois requisitos. Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (INQ 3.983, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento. A defesa do reclamante postulou ao Relator do processo o acesso aos atos de colaboração do investigado. 4. Direito de defesa violado. 5. Reclamação julgada procedente, confirmando a liminar deferida¹⁶. (destaque nosso)

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 24116*. Da Segunda Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Portanto, a disposição legal em análise não viola nenhum direito da defesa, tratando-se de mero contraditório diferido, tanto quanto ocorre com outros meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica:

Quer-se garantir ampla defesa tanto ao delator quanto aos delatados, exceto no tocante às diligências em andamento, o que é natural. Não se concede vista à defesa de quem quer que seja enquanto se desenvolve, por exemplo, uma interceptação telefônica. O mesmo se dará no percurso da ação controlada ou da infiltração de agentes.

Recebida a denúncia, o acordo de colaboração deixa de ser sigiloso (art. 7º, §3º, da Lei 12.850/2013), como regra, respeitados os direitos do delator (vide o item a seguir). Pode, no entanto, o juiz *manter* o sigilo do processo, por razões de interesse público (ex.: cuida-se de organização criminosa de grande ramificação, perigosa à sociedade). No entanto, aos defensores dos demais réus, o acordo será acessível¹⁷.

9 Consequências do descumprimento do acordo

Quais as consequências do não cumprimento dos termos do acordo de Colaboração Premiada já homologado?

Em primeiro lugar, necessário esclarecer que o descumprimento não leva, necessariamente, a que seja decretada prisão preventiva, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. DESCUMPRIMENTO. CAUSA DE IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PROCESSUAL. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão processual desafia a presença de algum dos requisitos

¹⁷NUCCI, 2017, p. 71.

previstos no art. 312 do CPP. 2. Inexiste relação necessária entre a celebração e/ou descumprimento de acordo de colaboração premiada e o juízo de adequação de medidas cautelares gravosas. 3. A teor do art. 316, CPP, a imposição de nova prisão preventiva desafia a indicação de base empírica idônea e superveniente à realidade ponderada no momento da anterior revogação da medida prisional. 4. Ordem parcialmente concedida, com confirmação da liminar deferida¹⁸.

É bastante importante frisar-se que Colaboração Premiada e Prisão (seja sua decretação, seja sua revogação) não guardam estreita relação, como fazem parecer notícias jornalísticas despidas de estudos técnicos fundamentados em séria análise quantitativa.

Pois bem! A grande consequência do descumprimento do acordo é a sua rescisão, com a não concessão (ou, em caso de cumprimento parcial, a concessão apenas proporcional) dos benefícios lá previstos.

Daí porque – repita-se – é essencial que, na sentença condenatória, antes de conceder o benefício, proceda-se a dosimetria da forma tradicional. Caso descumprido o acordo, procede-se da mesma forma de quanto o agente perde o direito de ter sua pena substituída: ocorre a reconversão da pena aplicada, tendo o agente que cumprir a sanção que havia sido substituída.

Necessário, ainda, frisar que, quando o cooperante faltar com a verdade em seu depoimento, não poderá responder pelo crime de falso testemunho (mesmo porque é pessoa interessada na causa), mas pelo crime específico previsto no art. 19 da Lei 12.850/2013.

Por outro lado, o art. 19 só incide se o agente não der causa a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade, pois, se der causa, incide o art. 339 do Código Penal (denúnciação caluniosa).

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 138207*. Da Segunda Turma, Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, DF, 25 de abril de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

10 Análise de custo/benefício da Colaboração Premiada

Por várias vezes já se questionou se as vantagens do instituto da Colaboração Premiada superam as desvantagens para o Estado. De fato, este se submete à contribuição de criminosos, integrantes de organizações, para poder obter êxito no âmbito da persecução penal e, não bastasse isso, ainda negocia com tais coautores, beneficiando-os. Ocorre que, além de o instituto beneficiar o integrante da organização que resolveu colaborar com o Estado (em detrimento dos que permanecem atendendo à *omertà*), muitas vezes é a única maneira de resolver os casos que envolvam macrocriminalidade.

A esse respeito, já no Século XVIII, o Marquês Cesare Beccaria contabilizou que, em abstrato, as vantagens preponderaram:

Alguns tribunais oferecem a impunidade ao cúmplice de grave delito que delatasse os companheiros. Tal expediente tem inconvenientes e vantagens. Os inconvenientes são que a nação estaria autorizando a delação, detestável mesmo entre criminosos [...]. Além disso, o tribunal mostra a própria incerteza, a fraqueza da lei, que implora ajuda de quem a infringe. As vantagens consistem na prevenção dos delitos relevantes, que, por terem efeitos evidentes e autores ocultos, atemorizam o povo. Além disso, contribui para mostrar que quem não tem fé nas leis, isto é, no poder público, é provável que também não confie no particular. Parece-me que lei geral, que promettesse impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito, seria preferível a uma declaração especial em caso particular, porque assim preveniria as uniões pelo temor recíproco que cada cúmplice teria de expor-se e o tribunal não tornaria audaciosos os criminosos chamados a prestar socorro num caso particular¹⁹.

Além das vantagens elencadas em tal literatura clássica, a Colaboração Premiada tem intensa relação com a moderna Justiça Restaurativa, pois

¹⁹BECCARIA, 1997, p. 121.

não foca na mera retribuição, mas também na busca de soluções para a reparação, inclusive na financeira. Grandes valores desviados são recuperados graças a tais acordos.

E não se deve olvidar, ainda, o caráter educativo (e, portanto, preventivo) do instituto:

O corrupto gera um alto custo social, não apenas sob o aspecto dos recursos públicos subtraídos, mas também pelo exemplo nos casos de impunidade. Se o Direito é um indutor de comportamentos, é importante saber se acordos de colaboração premiada firmados com acusados de crimes de corrupção induzirão comportamentos desejáveis, ou seja, se evitará que as pessoas pratiquem novos crimes. Se a colaboração premiada tiver esse caráter dissuasivo (*deterrence*) estar-se-á diante de um claro benefício para a sociedade²⁰.

Mas, além de analisar se o custo/benefício compensa para o Estado, há que se verificar se há vantagens para o próprio colaborador.

Sendo a Colaboração Premiada um contrato sinalagmático e oneroso, o colaborador e o membro do Ministério Público aceitam, ao firmar tal acordo, certas vantagens que vêm acompanhadas de desvantagens mútuas.

Assim, se por um lado o acordo prevê benefícios ao colaborador (como, por exemplo, substituição da pena), este também renúncia ao exercício de certos direitos, como o direito ao silêncio.

Tal renúncia gerou certa discussão sobre constitucionalidade da regulamentação legal da Colaboração Premiada – evidentemente superada na prática - eis que o Supremo Tribunal Federal, defensor máximo da Constituição da República, vem aplicando reiteradamente a legislação em comento.

De fato, não há inconstitucionalidade neste ponto, vez que tal renúncia observa o Direito à Individualização da Pena e os Princípios da Proporcionalidade e da Ampla Defesa. Ao possibilitar um tratamento mais benéfico ao

²⁰FONSECA, 2017, p. 209.

réu que, por exemplo, contribui eficazmente na recuperação do produto dos crimes praticados pela organização criminosa, a Proporcionalidade e a Individualização estão aprofundadas (e não desrespeitadas). Ao permitir que o réu seja beneficiado por revelar a estrutura da organização criminosa, cria-se mais uma possibilidade de estratégia de defesa (tornando-a, assim, ainda mais ampla).

Tal capacidade de negociação deve sim ser admitida, desde que prevista em lei, respeite o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, seja voluntária, temporária, revogável e vise a um benefício proporcional²¹.

Assim, no acordo, caso a caso, poderão ser negociadas outras renúncias que respeitem tais características mínimas. É possível, por exemplo, incluir no termo de colaboração a renúncia ao direito de recorrer das sentenças condenatórias, em relação aos fatos objeto da avença, podendo recorrer apenas da sentença que desrespeite os benefícios acordados. Nos acordos firmados no âmbito da Operação Lava Jato, consta tal cláusula.

Portanto, analisando abstratamente, o acordo produz, ao mesmo tempo, vantagens e desvantagens para o Estado e para o réu colaborador, sendo que as vantagens, em tese, prevalecem para ambos os contratantes, por proporcionar ao Estado sucesso na persecução criminal de casos extremamente difíceis, bem como por propiciar ao colaborador a ampliação de suas estratégias de defesa.

A confrontação entre vantagens e desvantagens fica muito mais clara, observando os casos concretos, pois poder-se-á verificar quanto houve de efetiva colaboração, o quanto isso foi decisivo para o sucesso da persecução penal, quais benefícios foram cedidos ao colaborador, dentre outros aspectos. Por exemplo,

No caso da Operação Lava Jato, é possível analisar se colaborar compensou para os acusados que tomaram essa decisão. 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

²¹FONSECA, 2017, p. 133.

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 regime 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 semana²².

Portanto, a forma mais eficiente de se analisar se vale a pena fazer o acordo é verificando caso a caso, ainda durante as negociações, pedindo uma “amostra” do que se pode revelar. Com tal dado, poder-se-á tratar dos benefícios e, então, o membro do Ministério Público e o potencial colaborador (com seu Defensor) terão condições de avaliar se as vantagens compensam as desvantagens:

Prometa à testemunha por escrito que você não vai usar o que ela lhe disser nesse estágio do processo contra ela, mas deixe igualmente claro que a sua decisão de fazer ou não um acordo e do que o acordo irá ou não conter não será feita antes que você tenha oportunidade de verificar o valor e a credibilidade da informação. Diga-lhe: É uma oportunidade que você tem para se ajudar, aceite-a ou deixe-a²³.

²²FONSECA, 2017, p. 222-223.

²³TROTT, 2007, p. 78.

Frise-se, ainda, que tal análise deve ser feita por profissionais (ou, de preferência, equipe de profissionais) altamente habilitados, tendo sempre em vista que se está fazendo negociação com um (ou alguns) criminoso(s) não necessariamente arrependido(s). Uma aceitação não amadurecida de proposta pode, inclusive, causar prejuízos ao nome e honra do membro do Ministério Público, caso se permita ser usado pelo criminoso colaborador para desmoralizar a instituição que representa:

Um criminoso colaborador é muito mais perigoso do que um bisturi porque um informante tem mente própria e, quase sempre, é uma mente que não carrega os valores e os princípios que animam a nossa lei e a nossa Constituição. Um informante é geralmente motivado por interesse próprio, este frequentemente de natureza sociopata, e que ele coloca em primeiro lugar. Mudará em um instante sempre que perceber que o seu interesse será melhor atendido de outra maneira. Por definição, informantes-testemunhas não são só os “fora da lei”, mas também os “viracascas”. Eles são traidores, e um promotor desatento a essas verdades desagradáveis anda sem patins em gelo escorregadio. Em um momento, um promotor pode efetivamente transformar-se no objeto de uma investigação, com duras consequências. Ademais, um informante, mesmo aparentemente engajado em colaborar com o caso, pode cometer perjúrio, obstruir a justiça, produzir prova falsa e recrutar outras testemunhas para corroborar suas histórias falsas. Depois de 40 anos em nosso sistema judicial, concluí que a mais grave ameaça à integridade deste e a sua missão de busca da verdade – e ainda, aos próprios promotores – vem de informantes mal escolhidos para seus papéis, manuseados e trabalhados sem cuidado. Por outro lado, alguns dos maiores sucessos em nossas cortes criminais poderiam não ter sido alcançados sem a utilização experiente e habilidosa desse tipo de testemunha²⁴.

²⁴TROTT, 2007, p. 69.

De qualquer sorte, repete-se que, mesmo com vantagens, a Colaboração Premiada só deve ser utilizada em casos complexos, em que dificilmente seria possível encontrar provas suficientes, sem a ajuda de um membro da organização. Verdadeiro arrependimento ou qualquer outro tipo de nobre intenção não é requisito para a Colaboração Premiada. Ao contrário, o corréu colaborador aceita o acordo visando à obtenção de vantagens – motivo suficiente para que o instituto seja usado com cautela e sem banalização.

11 Conclusões

A existência de vantagens e desvantagens em firmar um acordo de Colaboração Premiada é inerente à sua natureza jurídica de contrato sinalagmático e oneroso. Aliás, o simples fato de ser um contrato (e não uma convenção), já revela a existência de interesses contrapostos.

Na teoria, as vantagens superam as desvantagens.

Embora o Estado se submeta à situação de negociar com um criminoso, pode conseguir, através de tal meio de prova, descobrir novos coautores e partícipes, desvendar a estrutura da organização criminosa, prevenir que a organização cometa novos ilícitos, recuperar produtos ou proveitos e até localizar eventual vítima com sua integridade física preservada.

Já o particular, em que pese renuncie a certos direitos (como, por exemplo, o direito ao silêncio), aprofunda sua Ampla Defesa, a Proporcionalidade e a Individualização da Pena, podendo ter redução da pena, progressão do regime ou até perdão judicial. Ademais, também pode negociar vantagens na seara cível relativa à prática de ato de improbidade administrativa.

Isto é na teoria. Na prática, em concreto, durante as negociações, é necessário fazer-se análise profunda – caso a caso – se as vantagens continuam superando as desvantagens. É necessário que o Colaborador apresente uma “amostra” do que tem a contribuir, possibilitando ao membro do Ministério Público avaliar a importância de tais dados para enriquecer a persecução criminal, o que definirá se aceita ou não a proposta de Colaboração e, em a aceitando, quais benefícios serão concedidos.

Por ser a Colaboração voluntária (condição esta, aliás, comum aos contratos em geral), uma cuidadosa análise do custo/benefício é essencial, seja sob o ponto de vista do eventual Colaborador, seja sob o ponto de vista do membro do Ministério Público.

De fato, a voluntariedade também alcança o membro do Ministério Público, já que o possível Colaborador não tem direito subjetivo ao acordo, mas apenas aos benefícios após a homologação do deste.

Acordo entre representante estatal e representante de organização criminosa demanda extrema perícia, cautela e cuidadosa análise do contexto probatório. Seu resultado tanto pode significar essencial contribuição para dismantelar macroquadrilha, quanto pode ser usado para desmoralizar o Ministério Público e seus membros.

A Colaboração Premiada, portanto, é excelente instrumento de obtenção de meio de prova, mas precisa ser operacionalizada com zelo, experiência e de forma excepcional, ou seja, apenas nos casos especialmente complexos, em que não se verifica outra forma de desestruturar a organização, de descobrir seus integrantes e seus ilícitos.

Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BORGES, Raissa Ferreira. A nova lei de organização criminosa (lei nº 12.850/2013) e o instituto da colaboração premiada. *Iuris in mente: Revista de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*. Ano I, n. 1. Itumbiara, jul./dez. 2016.

DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Ano XXII, n.º 62. Rio de Janeiro, out/dez. 2016.

FARIAS, Thiago Conde Ferreira. A nova sistemática operacional de infiltração de agentes pela lei 12.850/13. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 11 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57865&seo=1>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da Fonseca. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; VIANA, Lurizam Costa. *A Lei 12.850/13 e evolução no tratamento legal do crime organizado no Brasil*. [S.I.], 2014. Disponível em: <ebooks.purs.br/edipurs/anais/ciencias_criminais/iv/03.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2017.

KUIAWINSKI, Ricardo Zanon. Análise crítica da nova lei de organização criminosa. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 147, abr. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17075>. Acesso em: 7 jul. 2017.

MORO, Sérgio Fernando. A autonomia do crime de lavagem e prova indiciária. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 11-14, abr./jun. 2008.

LEITE, Glaucio Costa. Instrumentos de Fomento a Denúncias Relacionadas à Corrupção. *Revista Brasileira de Direito*. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/620/981>>. Acesso em: 22 out. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIMENTEL, Isabella Arruda. *A corrupção no Brasil e a atuação do Ministério Público*. 2014. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2014.

RODRIGUES, Richards Bruno. Considerações acerca da Lei Federal nº 12.850/2013: da organização criminosa. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 138, jul. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14997&revista_caderno=3>. Acesso em: 7 jul. 2017.

SILVA, Elder. *O instituto da colaboração premiada no combate ao crime organizado*. Disponível em: <<https://edertrombelli.jusbrasil.com.br/artigos/356215803/o-instituto-da-colaboracao-premiada-no-combate-ao-crime-organizado>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução: Sérgio Fernando Moro. *Revista CEJ*. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. v 11, n. 37, abr./jun. 2007.