



O instituto da colaboração premiada no contexto penal brasileiro: um direito público com diretrizes do direito privado

The institute of award-winning collaboration in the brazilian criminal context: a public right with private law guidelines



Almir Santos Reis Junior

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Estadual de Maringá (UEM)
Maringá, PR - Brasil
almir.crime@gmail.com



Carlos Gabriel Pires de Oliveira

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Maringá
Universidade Estadual de Maringá (UEM)
Maringá, PR - Brasil
carloslg.001@gmail.com

Resumo

O presente trabalho versa sobre o instituto da colaboração premiada, disposto na Lei 12.850/13, com objetivo de contextualizar sua criação para fundamentar a discussão a respeito de sua influência na suavização da resposta penal à criminalidade, bem como traçar possíveis limites em sua aplicação, considerando o panorama constitucional vigente. Para tanto, será relevante a abordagem de outros institutos que tratam o tema, de forma análoga, tais como: as Leis 11.343/06, 9.613/98, 9.807/99 e o próprio Código Penal, em seu artigo 159. A pesquisa será bibliográfica; para tanto, será empregado o método hipotético-dedutivo em relação à fonte doutrinária e o método indutivo à fonte jurisprudencial. A conclusão que se extrai, em princípio, é no sentido de que o incremento contínuo de diplomas legais que dispõem sobre a matéria dificulta sua leitura sistemática, em consonância com o sistema penal vigente, muito por conta de suas figuras surgirem de forma reativa a momentos históricos específicos, ou seja, não como próprias de um instituto planejado e harmonizado, já que muitas de suas diretrizes são próprias do direito privado.

Palavras-chave: limites; incidência; contrato

Abstract

The presente paper deals with the awarded collaboration institute, provided for in the Law 12.850/13, in order to contextualize its creation to support the discussion about its influence in smoothing the penal response to criminality, as well as to outline possible risks to its application, considering the current constitutional panorama. For that, it becomes relevant to talk about other institutes that deal with the theme, in an analogous way, like: the Laws 11.343/06, 9.613/98, 9.807/99 and the Criminal Code itself, in its article 159. The research is bibliographic, and for that, the hypothetical-deductive method will be used in relation to the literary source, and the

inductive method for the jurisprudential source. The immediate conclusion drawn, in principle, is that the continuous increase in legal diplomas about the theme makes it difficult to systematically read it in line with the current criminal system, largely because its figures appear in reaction to specific historic moments, and not as a planned and harmonized institute, since many of its guidelines belong, in essence, to private law.

Keywords: limits; incidence; contract

Para citar este artigo (ABNT NBR 6023:2018)

REIS JÚNIOR, Almir Santos; OLIVEIRA, Carlos Gabriel Pires de. O instituto da colaboração premiada no contexto penal brasileiro: um direito público com diretrizes do direito privado. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 121-139, jan./jun. 2024. <http://doi.org/10.5585/13.2024.25658>

Introdução

O direito premial, classificação na qual a colaboração premiada originalmente se baseou, é um instituto antigo, que possui alguma forma de previsão no cenário brasileiro desde a vigência das Ordenações Filipinas, em 1603. Sua forma moderna, porém, começou a se desenhar no sistema legal local brasileiro a partir de 1990, por meio da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), que previu a redução de pena ao agente concorrente do delito de extorsão mediante sequestro, condicionada à delação dos demais participantes, com o objetivo de facilitar a libertação do sequestrado.

Desde então, o instituto mudou-se, se apresentando de diferentes e incompletas formas até sua mais recente previsão, por meio da Lei 12.850/2013, que o insere no contexto de investigação das organizações criminosas, conexo com outras técnicas de investigação não previamente abarcadas pelo conjunto legal vigente até então.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende problematizar acerca dos limites da legalidade da colaboração premiada no âmbito da ordem jurídica, já que se entende que sua ampla utilização, especialmente de maneira recente, se deu sem o devido e necessário diálogo a respeito de sua definição, necessidade e harmonia com os postulados do Estado Democrático de Direito Material.

Para isso, far-se-á, inicialmente, a delimitação dos aspectos gerais da colaboração premiada tal qual disposta na legislação pátria, perpassando por sua evolução histórica nacional e internacional, para então adentrar em sua definição atual, expondo seus pontos controversos

e apresentando os principais argumentos que permeiam o debate a seu respeito, com especial foco na figura específica do delator. Para tanto, observar-se-á toda legislação brasileira que trata sobre a temática.

Por fim, abordar-se-á a inserção do instituto no contexto mais amplo da ascensão do direito penal negociado, em alguns sistemas legais do mundo ocidental, demonstrando como a adaptação de sua inspiração, categoricamente calcada no sistema *common law*, traz consigo discordâncias intrínsecas quando introduzidas ao sistema *civil law*, adotado nacionalmente.

1 Aspectos gerais da colaboração premiada

Apesar de sua crescente incidência nos casos relacionados à criminalidade organizada, ainda há certa divergência doutrinária a respeito da natureza do instituto da colaboração premiada, tida por uma corrente doutrinária como gênero definidor de toda e qualquer colaboração processual, no qual a delação premiada, reservada à colaboração efetiva de um dos participantes do suposto crime, seria espécie (Pinto, 2013), e por outra corrente como mero sinônimo de delação premiada (Badaró, 2015). Ambas, porém, convergem ao se referir a colaboração efetiva ao processo como um todo.

Com a publicação da Lei 12.850/2013, a legislação passou a aproximar-se de ter uma definição sólida do referido instituto, fixando, assim, seus pressupostos, requisitos, objetivos e consequências, bem como regulamentando sua admissibilidade. É sabido, porém, que tal lei não foi a primeira a prever a utilização da negociação penal no processo penal brasileiro, instituto que teve sua incidência na legislação incrementada de maneira parcimoniosa, conquanto teve seu primeiro registro remontado à época de vigência das Ordenações Filipinas, contudo, permaneceu sendo continuamente resgatado em diferentes momentos históricos.

1.1 Diferenças entre colaboração premiada, delação premiada e acordo de leniência

Em que pese não haver consenso doutrinário sobre a necessidade de diferenciação entre colaboração premiada, delação premiada e acordo de leniência, especialmente no que diz respeito aos dois primeiros, o presente trabalho defende a necessidade de expor os argumentos favoráveis à sua diferenciação.

No Brasil, a colaboração premiada é atualmente prevista com maior riqueza textual na Lei 12.850/2013, embora outros diplomas legais também tratam sobre tal matéria, tais como: a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90); a Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98) e no

delito de sequestro, tipificado no Código Penal, em seu artigo 159, §4º, como será referenciado no tópico 1.2.2. Tal mosaico jurídico evidencia a necessidade de maior aprofundamento no estudo do instituto, possibilitando a solidificação de sua definição para posterior aplicação prática.

A doutrina majoritária, após a superveniência da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013), considera a colaboração premiada como meio de obtenção de prova baseado na cooperação por parte de suspeito de participação no delito, que leva à autoridade investigativa fatos pertinentes para o descortinamento da operação delituosa, buscando, assim, a amenização da resposta penal (Enccla, 2014).

Do conceito amplo de colaboração premiada, depreende-se ser a delação premiada (ou chamamento do corréu) espécie que prevê, além da confissão do envolvido na prática delituosa, a exposição de outras pessoas implicadas na prática da infração penal (Aras, 2011). A referida separação é tornada clara diante do fato de que a legislação mais recente a respeito do tema (Lei nº 12.850/13) não prevê especificamente tal requisito (ou seja, a exposição de terceiros), abrindo caminho à diferenciação nas espécies de colaboração.

Definição praticamente idêntica, ainda que pertinente a esfera diversa, é conferida ao acordo de leniência, instituto do direito administrativo, previsto atualmente nos artigos 16 e 17 da Lei 12.846/11, que premia o sujeito que confessa sua participação, bem como colabora com os órgãos investigativos de modo a elucidar os fatos e identificar os demais suspeitos na prática do ilícito. Sua principal diferença em relação ao instituto da colaboração premiada reside no fato de a competência para sua celebração recair ao CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo do poder executivo. Além disso, é um instituto de natureza administrativista e, como tal, se reveste das normativas inerentes a este ramo.

1.2 Origem do instituto da colaboração premiada

Neste tópico serão abordadas as origens do instituto da colaboração premiada tanto no mundo ocidental quanto na esfera interna do direito brasileiro. Para tanto, analisar-se-á a influência do direito estrangeiro para a positivação desse instituto na esfera nacional.

1.2.1 No mundo ocidental

A colaboração premiada não é um instituto de origem brasileira, sendo inspirada - para não dizer importada - da negociação denominada *plea bargain*, extremamente utilizada no sistema estadunidense, no qual impera a *common law*, sendo, posteriormente, difundida por todo mundo ocidental. Para Bernd Schünemann (2013), tal difusão explicita a “marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo”.

Realmente, diversos institutos próximos à colaboração premiada podem ser vislumbrados no decorrer da história. Sua definição moderna, porém, se deu nos Estados Unidos da América, onde acabou provocando uma inspiração a outras nações devido ao modelo denominado *plea bargain*, no qual o colaborador renuncia seu direito constitucional a um julgamento em troca de uma pena menor, passando assim a impressão de celeridade processual e fácil resolução de casos criminais (Langbein, 1979), por meio de uma justiça consensual, na qual a verdade real cede espaço à verdade que melhor atenda os interesses das partes celebrantes do acordo. Em 2018, por exemplo, os acordos na esfera criminal chegaram a 95% dos casos judiciais nos Estados Unidos (Estado de Minas, 2019).

O *plea bargain* estadunidense confere ao órgão acusatório um elevado poder de barganha, muito porque é regido pelo princípio da oportunidade da ação penal, havendo assim a possibilidade de a acusação moldar sua tese de modo a conferir benefícios diversos ao acusado, entre os quais se incluem a própria transação sobre a imputação a ser realizada. Tal hipótese seria, em regra, impossível no sistema processual brasileiro, especialmente, nas ações públicas incondicionadas, de titularidade do Ministério Público, pois, em razão do princípio da obrigatoriedade na ação penal de iniciativa pública incondicionada, a acusação deve denunciar todos os fatos puníveis, mesmo que isso interfira em potencial busca por um acordo. Não obstante, há, atualmente, no processo penal brasileiro, institutos que tolhem tal princípio, tais como: a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

Outro país que merece registro no esboço histórico da colaboração premiada é a Itália, mais por sua utilização na *Operazione Mani Pulite* do que pela delimitação estrita de seu modelo. Nesse país, a primeira previsão legal do instituto se deu por meio da Lei 304/1982, que criou a figura do *pentito* (arrepentido), participante da operação criminosa que, ao confessar sua atuação e fornecer informações sobre a autoria do crime e seu desdobramento, poderia ter sua punibilidade extinta ou sua pena suspensa ou atenuada. Posteriormente, foi criada, no mesmo país, pela Lei 34/87, a figura do *dissociati*, sendo este o concorrente do delito que, após

confessá-lo, tomava atitudes efetivas de modo impedir a consecução de novos crimes ou dirimir seus efeitos. Por fim, a Lei 82/91 introduziu a figura do *collaboratori*, que alargou o conceito de colaborador ao considerar suficiente apenas o fornecimento de informações úteis às autoridades investigativas, tornando assim prescindível o vínculo com a organização (Silva, 2003).

A análise de ambos os países, berços da colaboração premiada, revela que o Brasil teve fortes influências do direito estadunidense para inserção do instituto em seu ordenamento jurídico, conforme será apresentado no tópico seguinte.

1.2.2 No Brasil

Em matéria de justiça negocial, foram os Estados Unidos que influenciaram vários países ocidentais a implantar tal modelo de justiça. O Brasil, por exemplo, tem atualmente sua positivação em razão das influências do *common law* estadunidense. Contudo, a importação e aplicação desse instituto ao direito positivo brasileiro traz consigo seus problemas intrínsecos, próprios da lei posta.

No aspecto histórico, constata-se o registro de instituto que se aproxime às características da colaboração premiada no Brasil desde a vigência das Ordenações Filipinas, qual seja o perdão conferido ao participante e delator do crime de lesa majestade (Bittencourt, 2015). Sua primeira previsão moderna, porém, se deu com a vigência da Lei 8.072/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, que, em seu artigo 7º, adicionou o §4º, ao artigo 159, do Código Penal, passando a admitir a redução da pena de um a dois terços ao concorrente do delito de extorsão mediante sequestro que denunciar coautor à autoridade investigativa, facilitando, assim, a libertação do sequestrado¹. O mesmo benefício passou a ser previsto aos crimes hediondos praticados por quadrilha ou bando (termos usados à época), como disposto no parágrafo único, do artigo 8º, do mesmo diploma legal². Seis anos mais tarde, com a publicação da Lei 9.269/1996, as referências à quadrilha ou bando foram substituídas por crime “cometido em concurso”.

Segundo Masson (2020), a delação premiada disposta no artigo 159, do Código Penal, é causa especial de diminuição de pena, sendo, portanto, tarefa exclusiva do juiz aplicá-la na terceira fase da dosimetria da pena. É evidente aqui a prevalência do aspecto premial do instituto

¹ Art. 159, §4º: “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

² Art. 8º, Parágrafo único. “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

à época, porquanto apenas previa benefício previamente definido (de forma estanque, posta) ao agente, não havendo balizas para negociação de seus parâmetros. Com o advento da Lei³ 12.850/2013, como se verá, novas previsões de “delação premiada” (aqui tida em seu conceito amplo) passaram a se revestir de natureza propriamente negocial, conferindo ao órgão acusatório certa discricionariedade – ainda que mitigada – para a definição não só do conteúdo específico a ser delatado, mas também das benesses advindas do acordo.

Retomando a sequência cronológica, em 1995 foi publicada a primeira tentativa legal brasileira de se regulamentar o combate ao crime organizado por meio da (hoje revogada) Lei n. 9.034/95, que em seu artigo 6º previa a possibilidade de redução de um a dois terços da pena quando a colaboração espontânea de agente partícipe de crime praticado em organização criminosa levasse ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria³. Relevante notar que, apesar de já correlacionar o instituto ao crime organizado, o texto legal não definiu o que seria de fato “organização criminosa”, enfraquecendo, assim, a aplicação concreta do referido instituto, já que o direito penal não pode se afastar do princípio da legalidade. Ademais, exigia-se a espontaneidade da colaboração, ou seja, não bastava que tal ato fosse voluntário, mesmo que incentivado pelo órgão investigativo.

Ainda em 1995 teve vigência a Lei 9.080/95, que acrescentou o §2º, ao artigo 25, da Lei 7.492/86, que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e, igualmente, acresceu, na Lei 8.137/90, que dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária e econômica e contra as relações de consumo, um parágrafo único ao artigo 16; ambos com redação similar, prevendo redução de um a dois terços de pena ao coautor ou partícipe que, por meio de confissão espontânea, revelasse à autoridade policial ou judicial “toda a trama delituosa”, no caso de crimes previstos nas respectivas leis, desde que cometidos em quadrilha (termo utilizado à época) ou coautoria⁴.

Percebe-se, nesses diplomas legais, uma tentativa de restringir os requisitos da colaboração, tanto por meio da exigência da confissão espontânea – o que não é previsto nenhum outro tipo de colaboração – quanto pela necessidade de revelação de “toda a trama delituosa”, ou seja, do requisito de revelação integral do delito, não bastando a comunicação de informações que auxiliassem em sua investigação.

³ 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.

⁴ Art. 25 §2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."

Três anos depois, em 1998, foi publicada a Lei 9.613/98, que dispunha sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Em seu artigo 1º, §5º, o diploma ampliou os possíveis benefícios ao colaborador, prevendo-se, além da redução de pena, a possibilidade de fixação de regime inicial aberto, a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos ou até sua não aplicação. Em 2012, a Lei 12.683/2012 conferiu nova redação ao referido parágrafo, passando a prever, *in verbis*:

§ 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.

Sequencialmente, a Lei 9.807/99, que dispõe sobre a proteção de vítimas, testemunhas, e réus colaboradores, passou a prever, em seu artigo 13, a possibilidade de concessão pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, de perdão judicial e consequente extinção da punibilidade do acusado primário que colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, de modo a resultar: *na identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; na localização da vítima com sua integridade física preservada, ou na recuperação total ou parcial do produto do crime*. Ademais, em seu artigo 14, considerou que o acusado ou indiciado que auxiliar na identificação dos demais coautores ou partícipes, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, caso condenado, teria sua pena reduzida de um a dois terços.

Importante passo foi dado pelo referido texto legal, especialmente na diferenciação de tratamento que confere ao colaborador primário, com benefícios previstos em seu artigo 13, e ao colaborador reincidente, cujo benefício se restringia à redução de pena, de um a dois terços.

Adentrando o novo milênio, foi publicada a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) que prevê, em seu artigo 41, a redução de um a dois terços da pena do condenado que colaborar, voluntariamente, com a investigação policial e o processo criminal, identificando os demais coautores ou partícipes ou recuperando total ou parcialmente o produto do delito. Percebe-se aqui que houve mero prosseguimento de uma tendência legislativa de manutenção e réplica do prêmio à colaboração, sem maiores inovações, redigindo-se apenas a uma forma material de como a colaboração se daria e quais possíveis benefícios se concederia ao colaborador. Sua inclusão em leis diversas somente ampliou, portanto, sua aplicação aos delitos previstos nas referidas legislações, sem fornecer-lhe maior solidez procedimental e segurança jurídica.

Todas as previsões legais acima descritas culminaram, por fim, na publicação da Lei 12.850/13, conhecida como Lei de Organizações Criminosas, cujo texto legal de fato se dedica ao detalhamento do instituto da colaboração premiada como instrumento de investigação criminal, combinando aspectos concernentes a direito penal material e a direito processual penal, com o objetivo de nortear uma maneira instrumentalizada de combate às organizações criminosas como um todo. Para Ricardo Sontag (2018, p. 17) tal lei representa o principal marco da inserção do fator negocial na celebração do acordo, pois até então “não se pressupunha uma negociação: se o acusado delatasse, ele teria direito ao prêmio previsto em lei”.

Tal lei cuidou de, primeiramente, conceituar organização criminosa⁵ para então discorrer sobre novos métodos de investigação. Na delimitação da colaboração premiada, o texto legal não só detalhou os requisitos que o acordo deve conter e listou os possíveis benefícios a serem concedidos ao colaborador⁶, como condicionou a aplicação do acordo a homologação pelo juiz⁷, o que revela explícito distanciamento ao instituto do *plea bargain* estadunidense, que conferia ampla liberdade entre as partes no momento da celebração do pacto. Contudo, mesmo com significativo avanço, a operacionalização do instituto não foi capaz de sanar, com completude, os questionamentos presentes em sua gênese, especialmente em relação a sua compatibilidade com os fatores legitimadores constitucionais do processo penal brasileiro, no qual o instituto se inseriu. O que ocorreu, portanto, foi uma contínua ampliação do uso da colaboração que deixou, durante tal trajetória, controvérsias a serem solucionadas *a posteriori*, como os parâmetros a serem usados ao conferir os benefícios aos colaboradores e as sanções impostas àqueles que violarem os acordos.

⁵ Art.1, § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

⁶ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

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

2 A compatibilidade da colaboração premiada com o processo penal brasileiro democrático

Passa-se, nessa fase, ao estudo da previsão atual da colaboração premiada, dada pela Lei 12.850/13, sem esquecer a trajetória histórica-legislativa do instituto. Relevante notar a importância da análise dessa inserção, considerando que a utilização cada vez mais livre do instituto, de modo a se adaptar às exigências dos casos concretos, não deve olvidar os fatores que possibilitam sua existência, e ao mesmo tempo limitam sua concretização.

2.1 A natureza jurídica da colaboração premiada sob a ótica da Lei 12.850/13

O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do HC nº 127.483/SP, considerou o acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova, tendo natureza de negócio jurídico processual, sendo utilizado como principal argumento o fato de que seu objeto é a cooperação para a investigação e para o processo criminal, atividade evidentemente de natureza processual. *A posteriori*, esse entendimento foi sedimentado na própria Lei 12.850/2013, por meio da Lei 13.964/2019, que inseriu naquela o artigo 3-A, prevendo que o “acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Para Moraes (2018), porém, tal asserção não despreveria o instituto por completo, muito porque a colaboração assumiria diferentes conotações de acordo com o aspecto analisado. Assim, processualmente, tratar-se-ia de meio de obtenção de prova, pela ótica do direito material, de negócio jurídico personalíssimo, e, por fim, no que condiz ao colaborador, seria de direito público subjetivo.

Impossível, portanto, deixar de lado a polarização do instituto, pois, por mais que seja tido como meio de obtenção de prova à acusação, seus efeitos atribuem inegáveis benefícios ao colaborador, a serem adquiridos mediante barganha, o que denota certa razão a quem o tem também como um direito subjetivo.

2.1.1 Requisitos para a celebração do acordo de delação premiada e sua incidência tempestiva

Para desenvolver seu argumento a respeito da natureza jurídica da colaboração premiada, adotou, o Supremo Tribunal Federal, a premissa de Antônio Junqueira de Azevedo

(2002, p. 23), que considera que o exame do negócio jurídico deve ser feito em três planos sucessivos:

Em tese, porém, o exame de qualquer fato jurídico deve ser feito em dois planos: primeiramente, é preciso verificar se se reúnem os elementos de fato para que ele exista (plano da existência); depois, suposta a existência, verificar se ele passa a produzir efeitos (plano da eficácia). Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, também o seu exame pode ser feito nesses dois planos. Entretanto, e essa é a grande peculiaridade do negócio jurídico, sendo ele um caso especial de fato jurídico, já que seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito, para realizar essa atribuição, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida. Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico — o plano da validade, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia

Asseverou a Suprema Corte que os requisitos de existência para o acordo estão dispostos no art. 6º, da Lei 12.850/13, que descreve:

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 [...].

Quanto ao inciso “V”, do referido dispositivo, que dispõe a respeito da “especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família”, considerou a Corte um elemento particular eventual, inferindo que acordo só disporá sobre tais medidas se necessário.

O julgamento passou à análise do plano da validade, interpretando o artigo 4º, *caput*, e seu §7º, da Lei 12.850/2013, para inferir que: “o acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável”.

Relevante notar a especificação feita pela Corte a respeito do momento da escolha, interpretando que se trata de liberdade psíquica do agente, condicionada à voluntariedade. Alerta, porém, Vasconcellos (2020, p. 164), a respeito da suposta voluntariedade na aceitação do acordo: “[...] o requisito da voluntariedade na aceitação da barganha é falacioso, pois o funcionamento dos mecanismos se dá por ameaça, que causa a impossibilidade de qualquer escolha livre da defesa, atestando problemática que, por certo, intensifica-se diante do panorama de desigualdade social brasileiro [...]”.

Superados os planos da existência e da validade, considerou, então, a Corte Suprema que o acordo somente atingiria sua eficácia se submetido a homologação judicial, conforme descrito no art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13. A homologação, nesse caso, não implicaria aceção,

por parte do juiz, das declarações do colaborador, mas sim, representaria mero “fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração”. Não obstante, cabe ao julgador papel distinto de suas funções, porquanto tem o dever de fiscalizar a voluntariedade das partes na celebração do acordo, cujo conteúdo e forma aproximam-se dos regramentos de direito privado, especialmente o direito civil.

Superados os requisitos que permitem a existência do acordo, importante deliberar sobre o momento de sua celebração. O artigo 4º, §2º, da Lei 12.850/13, abriu a possibilidade de a colaboração ocorrer “a qualquer tempo”. Surgiram, assim, doutrinariamente, três espécies de acordos de colaboração premiada, baseadas no momento de sua celebração: o pré-processual, o processual e o pós-processual (Morais, 2018). Entende-se por colaboração pré-processual aquela formalizada na fase preliminar do processo penal, ou seja, na fase investigativa, sendo possível, nesta fase, ser convencionado o não oferecimento da denúncia em face do colaborador, desde que ele não seja líder de organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração, haja visto que o processo criminal ainda não teve início. Após instauração do processo, caso venha o réu colaborar, fala-se em colaboração processual, cuja incidência pode ocorrer até a fase final da instrução processual. Por fim, o §5º do artigo 4º, da Lei 12.850/13 enseja a possibilidade de formalização do acordo até mesmo após a sentença penal; esta fase é nominada pós-processual. Embora não haja expressa disposição, é preciso compreender que se trata de sentença penal de conteúdo condenatório, esteja ela transitada ou não em julgado.

Se, após seu trânsito em julgado, ocorrer a celebração do acordo, os benefícios que serão reconhecidos pelo juízo de execução serão limitados a redução da pena aplicada em até metade ou a progressão do regime, mesmo sem o atendimento dos requisitos objetivos. Ademais, se o acordo for celebrado após a prolação da sentença condenatória, na fase recursal, sua homologação ocorrerá no julgamento pelo respectivo tribunal de apelação e constará no acórdão, conforme Informativo 1004, do Supremo Tribunal Federal.

2.2 A figura do colaborador: informante, réu, testemunha?

Após análise dos diferentes momentos de celebração do acordo de colaboração premiada, urge a necessidade de situar a figura em si do colaborador, haja vista o tratamento específico a ser destinado ao mesmo.

Figura próxima e muitas vezes confundida com a do colaborador é a do informante. Segundo Lima Junior (2019, p. 2), o informante é “aquele que fornece informações privilegiadas sobre uma pessoa ou grupo de pessoas a respeito de um determinado fato. A sua

colaboração nasce, muitas vezes, da confiança que tem com o policial, pois tem a certeza que terá sua identidade resguardada por este servidor”. Evidente que, pela definição dada, a diferença entre a figura do informante e a do colaborador reside no fato de que o informante não é suspeito no crime investigado e sua colaboração é franqueada de maneira informal, diretamente ao agente policial, não havendo formalização de termo de acordo com contrapartidas em seu favor, apenas mero intercâmbio informal de informações com vistas a auxiliar na atividade policial. Portanto, possível conteúdo falso de suas declarações pode implicar no crime de denúncia caluniosa.

Também não é possível afirmar que o colaborador premiado seja testemunha, haja vista que a Lei 12.850/2013, no § 12º, de seu artigo 4º, apenas afirma que “o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial”, não sendo, portanto, arrolado na denúncia formulada, com *status* de testemunha. Apesar da premissa legal, o conteúdo inverídico, sustentado pelo colaborador, não o faz incidir no crime de falso testemunho, previsto no art. 342, do Código Penal, porquanto a tipicidade formal, em princípio, pode moldar-se no art. 19, da Lei 12.850/13.

Considerados os pontos acima, surge uma controvérsia conceitual a respeito das duas possibilidades de participação do colaborador no processo, ou seja, sendo ele corréu no processo em que realizou a delação ou não. Sendo corréu, será tratado normalmente como tal, devendo sua versão ser colhida em seu interrogatório. Não o sendo, afirma Badaró (2019) que suas declarações deverão ser colhidas em regime anômalo, de modo semelhante ao depoimento de testemunhas. Porém, em que pese tal entendimento, compreende-se que a analogia entre delator e testemunha, como expressões sinonímicas, merece cautela, já que testemunha é toda pessoa capaz de depor, estranha ao processo - seja direta ou indiretamente-, ou seja, testemunha é pessoa neutra, que é chamada ao processo para expor algo percebido por seus sentidos (tato, paladar, olfato, visão e audição).

Por óbvio que tal solução é conferida devido à lacuna legal na Lei 12.850/2013 que, mesmo avançando consideravelmente na regulação do combate ao crime organizado, ainda deixou inconsistências a serem sanadas, como a ausência de regime legal próprio conferido a figura do colaborador premiado. Não obstante, o melhor entendimento sobre o colaborador é verificar o momento em que a colaboração é feita. Assim, pode-se tê-lo como *indiciado*, se na fase investigativa, *réu*, se na fase judicial e *condenado*, se na fase executória da pena.

2.3 Consequências jurídicas nos casos de conteúdos falsos emitidos por delatores

Constitucionalmente, o processo penal brasileiro é pautado pelo direito ao silêncio e pela garantia de não autoincriminação (art. 5º, inc. LXII, Carta da República c/c art. 186, Código de Processo Penal). Tratando-se, porém, a colaboração premiada, de instituto voluntário, o colaborador se sujeita ao compromisso legal de dizer a verdade no momento em que decide prestar as declarações, renunciando, assim, a garantia de não autoincriminação. É esta, inclusive, a determinação contida no artigo 4º, §14, da Lei 12.850/2013, que dispõe: “§ 4. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

De forma a sedimentar tal compromisso, há, no mesmo texto legal, em seu artigo 19º, a previsão de crime específico para o delator que presta declarações falsas. Reza o dispositivo que: “Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

A tipificação dessa conduta busca manter a integridade das declarações, de modo a não esvaziar o instituto, evitando, assim, a celebração de sucessivos acordos improdutivos e inverídicos, por meio dos quais os colaboradores mascarariam os fatos ocorridos em uma tentativa de auferir os benefícios provenientes do pacto sem oferecer contraproposta válida.

Outrossim, como aventado anteriormente, a legislação vigente não permite condenação baseada apenas no conteúdo da colaboração, sendo necessário que o fato apurado, por meio do acordo, tenha convergência com as outras provas colhidas nas fases instrutória e pré-processual. Importante lembrar, porém, a importância midiática conferida a celebração de acordos de colaboração, fator que por vezes dificulta a busca da devida corroboração, em virtude do prévio julgamento social realizado.

2.4 Direito penal contratual e a mitigação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade real

Como pontuado anteriormente, a colaboração premiada se insere no contexto mais súpero da ampliação dos espaços de consenso no processo penal, o que revela o surgimento de um direito processual penal contratual, o qual aproxima-se do direito privado. Tema este controverso na doutrina, na qual encontra defensores de que a direção a ser seguida para se solucionar a problemática do sobrecarregamento dos sistemas penitenciário e judiciário está nas

celebrações de acordos premiaias. Entretanto, não se pode olvidar aqueles que entendem como desigual o sacrifício de garantias em busca da condenação a qualquer custo.

No sistema estadunidense do *plea bargain*, por exemplo, tido como referência à justiça penal negociada brasileira, é possível não só negociar a pena do acusado como também os fatos que a ele são imputados, o que, no contexto nacional, se mostraria flagrante afronta à almejada busca pela verdade real por meio do processo penal, sendo ela substituída por uma verdade contratual ou consensual, artificialmente construída para se adequar aos termos de um eventual acordo.

Deste modo, sob a promessa de eficiência, a justiça penal consensual busca acelerar o processo, criando atalhos para se impor uma sanção penal, deixando, pelo caminho, diretrizes antes vistas como necessárias. Como consequência, fragiliza-se a relevância do contraditório em favor da velocidade da investigação preliminar, do punitivismo e de uma política de criminalização em massa dos inimigos do Estado, própria do funcionalismo radical de Günther Jakobs, no qual os fins de política criminal radical justificam os meios, alcançando, assim, uma sentença sem ao menos haver valoração real de provas, considerando que a função do juiz, na celebração do acordo, não é meramente formal.

É notório, portanto, que a adoção de acordos traz consigo um custo intrínseco, pois é reflexo de um fenômeno ainda maior, qual seja da mercantilização do processo penal, no qual as transações ocorreriam à revelia de direitos fundamentais (Vasconcellos, 2020). Nesse âmbito, a colaboração teria um papel puramente utilitarista, pois se configuraria em um meio apto a buscar o objetivo da acusação, independente da estratégia a ser utilizada e das barreiras que transgredir.

Aventa-se, ainda, como consequência da fragilização principiológica do processo em busca da funcionalidade, a possibilidade de se transformar o ingresso negociado ao banco dos réus como uma estratégia, pois a imprevisibilidade processual torna possível vislumbrar maior proveito ao admitir uma culpabilidade simulada ou antecipada, sem processo.

O que se vislumbra, em suma, é a inevitabilidade da escolha entre a garantia e a eficiência, haja vista que, mesmo não sendo ambas as vertentes conflitantes por natureza, o modelo de eficiência hoje popularizado globalmente, é intrinsecamente ligado ao tolhimento de garantias fundamentais, pois não se considera a possibilidade de resposta estatal diversa ao influxo da criminalidade organizada. Resta, de qualquer modo, a necessidade de se assegurar a proteção da tutela ao menos das garantias vistas como indispensáveis, mesmo em meio ao sacrifício das demais.

Em resumo, a inclusão de acordos de colaboração entre acusação e réu migra o direito processual penal às diretrizes do direito civil, especialmente, do direito contratual, cujo objeto do contrato é um suposto fato criminoso. Por isso, exige-se das partes a capacidade contratual, razão pela qual os inimputáveis não terão capacidade para celebrar acordos de colaboração. Essa conclusão é preocupante e não se coaduna com o processo penal constitucional, já que nega princípios importantes que devem incidir no processo. Além disso, a colaboração premiada é o reconhecimento mais cristalino da ineficácia dos meios de investigação que o Estado dispõe. Isso porque, a ausência de capacidade técnica investigativa, muitas vezes geradas pela inércia estatal em investigar na segurança pública, em todos os seus níveis, traz como fruto um escalonado e desastroso *juz puniendi*, contaminado, desde seu início, por mecanismos que sufocam princípios processuais penais constitucionais em prol do bem maior, “a punição desenfreada”. Constrói-se, então, sob o aval do titular da ação penal e guardião da sociedade, um processo no qual os fins justificam os meios.

2.4.1 A flexibilização ética do processo penal em prol do combate ao crime organizado

A positivação da colaboração premiada e, por consequência, do arcabouço jurídico construído no entorno da justiça penal negociada, são protagonistas de uma fragilização ética e principiológica do processo penal, que cada vez mais busca soluções a problemas que sua atual disposição não consegue responder. Não só se atropelam garantias constitucionais, como também todo o sentido processual, ao se admitir a incapacidade estatal de frear a criminalidade moderna em constante evolução por seus meios habituais.

O que se tem, deste modo, principalmente com a colaboração premiada em seu atual estado, é a inversão do ônus da colheita de prova, recaindo sobre o próprio acusado que, intimidado pela possibilidade de suportar uma pena maior e seduzido pelas promessas ofertadas pela acusação, auxilia as investigações de modo voluntário, mas sem espontaneidade. Como alerta Prado (2010), o recrudescimento das penas, ditado pelo Movimento de Lei e Ordem, facilita a ‘sedução’ da delação, esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia de convencimento, se converte em poderoso aliado.

Ainda sobre o efeito negativo da justiça negocial, alerta Aury Lopes Júnior (2021, p. 871):

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto a ‘negociar’.

Por termo, partindo do princípio de que a justiça penal negociada é contrária aos valores garantistas e a muitos princípios do processo penal, o questionamento a ser feito é: qual parâmetro deve ser utilizado para avaliar a plena aceitação de seu emprego? Sob a perspectiva utilitarista, parece óbvio que a ascensão da “pena negociada” levaria à maior velocidade processual e facilidade para se atingir condenações sem prova. O que se questiona, porém, é a real validade de tais parâmetros, haja vista que sua funcionalidade prática e observável por meio de condenações e processos conclusos não se traduz, automaticamente, em sua funcionalidade almejada, de aferição da verdade real pela introdução de ferramentas processuais constitucionais.

Conclusões

Não há como negar que a criminalidade estática e previsível, fácil de se identificar e punir, não existe mais em um mundo globalizado, de velocidade extrema de compartilhamento de informações; além de que, dentro desse contexto, o direito processual penal deve encontrar formas de se adaptar e punir as novas condutas. O que se questiona, porém, é o custo que se paga em troca das punições estéreis, e se há de fato a necessidade de fragilizar institutos até então sólidos e efetivos.

A colaboração premiada surge como uma dessas ferramentas, inspirada na lógica premial, mas mutando-se em um instituto plenamente consensual, de viés de direito privado, onde se negocia a punição e as benesses em troca de informação, sem processo. De trajetória longa e difícil, o instituto eventualmente encontrou sedimentação complexa por meio da Lei 12.850/2013, que definiu seu uso no contexto investigatório de organizações criminosas e forneceu direcionamentos para sua aplicação em casos concretos.

Ainda assim, mesmo com o aprofundamento legislativo promovido pela referida lei, a colaboração premiada, modelada pela legislação pátria, mostra-se incompleta, muito porque sua legitimação principiológica e ética foi preterida em razão do avanço de seu uso prático, baseado em institutos semelhantes, pertencentes a sistemas legais internacionais, que têm peculiaridades próprias e diversas da realidade nacional.

Evidência de sua incompletude se mostra na ausência de definição exata da própria figura do colaborador, que é o protagonista de todo o aparato factual criado em seu entorno. Dependendo, então, de construções jurisprudenciais e doutrinárias para definir a própria razão de ser da colaboração premiada demonstra, de maneira clara, como a urgência de seu uso fragilizou sua própria construção positiva, resultando em um instituto truncado e próximo do direito privado contratual.

O que se sugere, portanto, é que a incidência da colaboração premiada seja duramente restrita de modo a se ater a casos em que seja imprescindível, bem como seu estudo seja aprofundado, de modo a, doutrinariamente, se alcançar um sistema de solidificação das bases que o sustentam, lançando mão, assim, de condutas contrárias a princípios e regras constitucionais, como o uso de prisões provisórias para incentivar confissões, em troca de procedimentos previsíveis, que legitimem a sentença alcançada ao final do processo.

Referências

ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. Atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/02). São Paulo: Saraiva, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, STF. **Ap nº 470 QOsétimo/MG**, Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, j. 18.06.2009, v.u.; STF, RHC, 2ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 01.10.2013, v.u.

BRASIL, STF. **Habeas Corpus 127.483**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 15 de julho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 1004**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo1004.htm>. Acesso em 30/10/2021.

ENCCLA. **Manual colaboração premiada**. Brasília, 2014. 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/at_download/file](#). Acesso em: 15 jun. 2021.

ESTADÃO CONTEÚDO. Acordos na justiça criminal dos EUA chegam a 95%. **Estado de Minas**, 2019. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/01/30/interna_politica,1026086/acordos-na-justica-criminal-dos-eua-chegam-a-95.shtml. Acesso em: 17 jun. 2021

JUNIOR, Humberto Luiz de Souza Lima. Atuação do informante na investigação policial e o sigilo da sua identidade diante do relevante interesse público. **Conteúdo Jurídico**, Brasília (2019). DF: 20 jul 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52567/atuacao-do-informante-na-investigacao-policial-e-o-sigilo-da-sua-identidade-diante-do-relevante-interesse-publico>. Acesso em: 20 jul. 2021.

LANGBEIN, John H. **Understanding the short history of plea bargain**. Law and Society Review, v. 13, p. 261-262, 1979.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 212)**. 13.ed. São Paulo: Método, 2020.

MIRANDA FERNANDES, Leonardo Araújo de. **Pechincha Criminal: um estudo de caso da colaboração premiada dos executivos da J&F Investimentos diante do novo paradigma consensual processual penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MORAIS, Hermes Duarte. **Regime Jurídico da Colaboração Premiada: direitos e deveres das partes e poderes do Juiz**. 2018. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018.

PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850**. Salvador/BA: JusPodivm, 2013.

PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 441-468, jan./abr. 2019. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.220>. Acesso em: 06 jul. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.