

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO (DIR 3)

Pablo Giordano Bernardi Bombardelli

COLABORAÇÃO PREMIADA:

criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13

Porto Alegre

2019

COLABORAÇÃO PREMIADA:

crítico emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13

RESUMO

Este trabalho aborda a colaboração premiada de três modos distintos e complementares, almejando-se divisar, com base no texto da lei 12.850/13, sua natureza processual, é dizer, se se trata de um meio de obtenção de prova para a persecução penal ou de um instrumento de defesa. Tal definição é sumamente importante porque, conforme categorizado o instituto, serão determinadas suas normas gerais de regência. A inquirição preza por uma hermenêutica que realize a colaboração premiada sem violar direitos fundamentais do colaborador e que, ao mesmo tempo, atinja a maior eficácia da persecução penal. Assim, já o primeiro capítulo após a introdução explícita, a partir da diferenciação entre os discursos racional e emotivista, o alto grau de persuasão emocional pervasivamente presente em ataques contra o uso da técnica investigativa em foco, bem como a inocuidade desse tipo de argumentação para o aperfeiçoamento da colaboração premiada. O capítulo seguinte evidencia, por meio de uma abordagem de análise econômica do direito, elementos fáticos essenciais do mecanismo da colaboração premiada, cuja observância (desses elementos) é imprescindível para o funcionamento efetivo da técnica. Essa parte do estudo revela como a intervenção judicial no acordo de colaboração pode destruir a efetividade do instituto. Por fim, a partir da pré-compreensão elaborada nos capítulos precedentes, o último deles analisa a regulação trazida pela lei 12.850/13 à colaboração premiada, explicitando os pontos de maior controvérsia doutrinária e, quando pertinente, abordando jurisprudência dos tribunais superiores, a fim de encontrar uma resposta firmemente fundamentada quanto à natureza processual do instituto, já que ela orientará toda a aplicação da colaboração premiada.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Lei 12.850/13. Emotivismo. Análise econômica do direito. Doutrina. Jurisprudência.

ABSTRACT

This paper addresses the application of cooperation agreements in criminal law in three distinct and complementary ways, aiming to discern, based on the text of lei 12.850/13, its procedural nature, that is to say, whether it is a means of obtaining evidence to the criminal prosecution or an instrument of defense. This definition is extremely important because the general norms regulating the investigative technique will be determined according to how it is categorized. In this inquiry, it prevails an interpretation that enforces cooperation agreements without violating fundamental rights of the cooperator and, at the same time, achieving the highest effectiveness of the criminal investigation. Therefore, the first chapter after the introduction makes explicit, according to the differentiation between rational and emotivist discourses, the high degree of emotional persuasion pervasively existent in attacks against the use of this investigative technique, as well as the innocuousness of this type of argumentation for the enhancement of cooperation agreements. The following chapter, through an economic analysis of law, highlights essential factual elements of the mechanism of the cooperation agreements, being the observance of these elements indispensable for the effective operation of the technique. Such part of the essay reveals how judicial intervention in the cooperation agreement may destroy its effectiveness. Finally, after the pre-comprehension of the preceding chapters, the last one examines the regulation brought by lei 12.850/13 on the cooperation agreements, explaining the points of greatest scholar controversy and, when pertinent, approaching case law of the superior courts, in order to find a firmly reasoned answer to the procedural nature of the instrument, since that will guide the entire implementation of the cooperation agreements.

Keywords: Cooperation agreements. Lei 12.850/13. Emotivism. Economic analysis of law. Legal scholars' works. Case law.

SUMÁRIO

Lista de abreviaturas e siglas	6
1 INTRODUÇÃO	7
2 CRÍTICAS EMOTIVISTAS	10
2.1 O EMOTIVISMO COMO TEORIA METAÉTICA	11
2.1.1 Um paradigma histórico elucidativo	13
2.2 ALGUMAS CRÍTICAS À COLABORAÇÃO PREMIADA	15
2.2.1 Adjetivação compulsiva	15
2.2.2 O despertar de sentimentos	23
2.2.3 Abissal dissonância entre contextos	26
2.2.4 O problema seria o “fascismo neoliberal”	32
2.2.5 Confusão entre homologação e julgamento de mérito, e o repetitivo apelo a cláusulas gerais	39
2.2.6 Os termos “ética” e “moral” como possuidores de conteúdo imutável, universal e notório	42
2.2.7 “Arrependimento sincero” e investigação no filme exibido na televisão	49
2.3 CONCLUSÕES PARCIAIS	52
3 CONTRIBUIÇÕES DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	54
3.1 <i>PLEA BARGAINING</i> E COLABORAÇÃO PREMIADA	56
3.1.1 Funcionamento e finalidades do <i>plea bargaining</i>	57
3.1.2 Funcionamento e finalidades da colaboração premiada	60
3.2 QUATRO ELEMENTOS INELUDÍVEIS DO MECANISMO FÁTICO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	65
3.2.1 Maximização de interesses	66
3.2.2 Teoria da escolha racional	68
3.2.3 Vinculação à cooperação: o contrato	71
3.2.4 Teoria dos jogos e o dilema do potencial colaborador	78
3.3 DOIS TEMAS PERVASIVOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA, CONFORME REGULADA PELA LEI 12.850/13, A PARTIR DE LENTES ECONÔMICAS	87
3.3.1 Assimetria e heurísticas	88
3.3.2 <i>Self-restraint</i> , proteção dos contratos e a viabilidade da colaboração	90

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	94
4 INVESTIGAÇÃO DA NATUREZA DA COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA LEI 12.850/13	96
4.1 VINCULAÇÃO DA SENTENÇA AO ACORDO HOMOLOGADO, COLABORAÇÃO EFETIVA E VOLUNTÁRIA, RESULTADOS EXIGIDOS	96
4.1.1 O juiz poderá ou deverá? Discricionariedade vs. vinculação	96
4.1.2 Vinculação ao acordo e o controverso artigo 4º, § 2º	99
4.1.3 Eficiência, eficácia e efetividade da colaboração – diferenciações	101
4.1.4 Colaboração voluntária vs. colaboração espontânea	106
4.1.5 Cumulatividade de fases da persecução penal e cumulatividade de resultados da contraconduta	109
4.2 SEGURANÇA JURÍDICA E RELAÇÃO ENTRE JULGAMENTO DE MÉRITO E ACORDO HOMOLOGADO	111
4.3 LEGITIMIDADE PARA NEGOCIAR E ADITAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO	116
4.3.1 Legitimidade para negociar a colaboração premiada	116
4.3.2 O aditamento extraordinário ao acordo e a aplicação do código de processo penal, artigo 28	119
4.4 SUSPENSÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS	121
4.5 O PRÊMIO DA NÃO DENÚNCIA	123
4.5.1 Cumulatividade dos requisitos	123
4.5.2 Culpabilidade do líder, valorações do legislador, controle judicial	124
4.5.3 Violação à isonomia e dificuldade probatória	125
4.5.4 Primariedade da colaboração	126
4.6 FLEXIBILIDADE DAS SANÇÕES PREMIAIS E INCENTIVO À PRESTEZA	128
4.7 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SISTEMA ACUSATÓRIO	134
4.7.1 Caráter negocial do acordo como concretização do sistema acusatório	134
4.7.2 Manifestação do ministério público e inexistência de capacidade postulatória da autoridade policial	137
4.7.3 Legitimidade de nominados ou delatados para impugnar o acordo	137
4.8 CRITÉRIOS DA VALIDADE DO ACORDO	139

4.8.1 Validade não se confunde com efetividade	139
4.8.2 Legalidade e regularidade	140
4.8.3 Voluntariedade	146
4.8.4 Oitiva sigilosa do colaborador	151
4.9 ADEQUAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO	152
4.9.1 Juízo de homologação e a adequação do acordo	153
4.9.2 Recurso cabível em face da decisão sobre a homologação	157
4.10 DEVER DE COLABORAÇÃO CONTÍNUA	158
4.11 RESCISÕES E ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	160
4.11.1 Rescisão unilateral	160
4.11.2 Rescisão bilateral	165
4.11.3 Anulação do acordo homologado	166
4.12 OPÇÃO PELO NÃO EXERCÍCIO DO DIREITO AO SILÊNCIO	169
4.12.1 Renúncia ao exercício do direito ao silêncio	169
4.12.2 A confissão como pressuposto da colaboração	170
4.12.3 Declarações do colaborador: nova espécie do gênero “prova oral”	172
4.13 EXIGÊNCIA DE DELAÇÃO CORROBORADA PARA FUNDAMENTAR DECISÃO CONDENATÓRIA	174
4.13.1 Delação, testemunho e critérios subjetivos	174
4.13.2 Exames interno e externo, e a delação “vestida”	178
4.13.3 Corroboração cruzada	183
5 CONCLUSÃO	191
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	194

Lista de abreviaturas e siglas

AC	ação cautelar	min.	ministro(a)
ACR	apelação criminal	MP	ministério público
ADI	ação direta de inconstitucionalidade	MPF	Ministério Público Federal
AgR/ AgRg	agravo regimental	MS	Mato Grosso do Sul
ampl.	ampliada	n. / nº	número
AP	Amapá	p.	página(s)
APn	ação penal	par.	parágrafo(s)
AREsp	agravo em recurso especial	Pet	petição
art.	artigo	PR	Paraná
atual.	atualizada	publ.	publicado em
CE	Ceará	QO	questão de ordem
cf.	conferir	Rcl	reclamação
CP	código penal	RE	recurso extraordinário
CPC	código de processo civil	Rel.	relator(a)
CPP	código de processo penal	rev.	revisada
CR	constituição da república	RHC	recurso ordinário em hábeas-cópus
DF	Distrito Federal	RISTF	regimento interno do Supremo Tribunal Federal
DJ	diário de justiça	RO	Roraima
DJe	diário de justiça eletrônico	RS	Rio Grande do Sul
ED	embargos de declaração	SP	São Paulo
ed.	edição	ss.	seguintes
fl.	folha	STF	Supremo Tribunal Federal
Inq	inquérito	STJ	Superior Tribunal de Justiça
j.	julgado em	TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
HC	hábeas-cópus	Vol./ v.	volume

1 INTRODUÇÃO

É inegável a profunda importância que a colaboração premiada tem apresentado nas principais persecuções penais de recentes grandes casos envolvendo organizações criminosas no Brasil. Porém, de se notar que, muito embora vários institutos com cariz colaborativo já houvessem sido positivados na seara penal brasileira, apenas com a disciplina da lei 12.850/13 a colaboração alcançou tamanho relevo e efetividade. Nesse atual cenário, em que a jurisprudência ainda não está pacificada quanto aos contornos hermenêuticos do instituto, este estudo aborda a colaboração premiada de três modos distintos e complementares, almejando-se divisar, com base no texto da lei 12.850/13, sua natureza processual, é dizer, se se trata de um meio de obtenção de prova para a persecução penal ou de um instrumento de defesa. Essa definição é sumamente importante porque, conforme categorizado o instituto, serão determinadas suas normas gerais de regência.

Esta inquirição, destaca-se, preza por uma hermenêutica que realize a colaboração premiada sem violar direitos fundamentais do colaborador e que, ao mesmo tempo, atinja a maior eficácia da persecução penal. Assim, primeiramente, analisa-se a pesada carga de argumentos emotivistas (conforme a classificação metaética proposta por Robert Alexy) disparados contra a técnica investigativa em voga. Para tanto, expõem-se brevemente as principais características do emotivismo enquanto resposta à questão da função das proposições normativas, e analisam-se as críticas de sete diferentes autores, representativas de várias outras (citadas em notas), evidenciando-se o quanto se utiliza a mera indução de emoções, em vez de um discurso racional, para atacar a colaboração premiada.

Conforme se aclarará, em havendo pretensão de correção no debate sobre o cabimento da utilização da colaboração premiada, resta inócua grande parte do trabalho dos opositores desse instrumento. Além disso, a imunização intelectual frente à retórica emotivista, sendo esta usualmente manejada intercaladamente com outros tipos de argumentação, contribui para o esclarecimento racional do instituto em tela e, conseqüentemente, para seu aperfeiçoamento.

Em um segundo passo, oferece-se uma análise econômica sobre a colaboração premiada conforme disciplinada na lei 12.850/13. Para tanto, de início, o instituto é diferenciado da barganha do *common law*. Em seguida, expõem-se quatro elementos de *law*

and economics pervasivos no funcionamento da colaboração premiada: a concepção de maximização de interesses, a teoria da escolha racional, a função econômica do contrato e a teoria dos jogos.

Na abordagem da maximização de interesses, identificam-se os conteúdos de interesses das duas partes negociais de um acordo de colaboração, é dizer, o que buscam por meio do acordo, o que as impele a formalizá-lo. Em conexão a isso, imprescindível tangenciar as principais acepções da teoria da escolha racional e selecionar a que melhor se enquadra para explicar, e até predizer, o comportamento dos atores da colaboração. Após essa etapa, já haverá dados suficientes para lastrear uma abordagem à função econômica do contrato e explicitar o quanto ela é fulcral para o funcionamento da técnica investigativa. Em quarto lugar, elementos de teoria dos jogos revelam como um potencial colaborador reage à possibilidade de cooperar com a justiça, considerando tanto o comportamento dos demais imputados como o dos agentes da persecução penal.

Forte nessas premissas, analisam-se dois temas pervasivos da colaboração premiada, conforme regulada pela lei 12.850/13, precipuamente a partir de lentes econômicas. Primeiramente, a assimetria e heurísticas presentes na tomada de decisão do imputado pela contraconduta, e o papel relevante do seu defensor técnico para neutralizar esse possível problema. Depois, a importância do *self-restraint* judicial e da proteção dos contratos – no sentido de adjudicar os prêmios com fulcro na efetividade da colaboração, sem intervir indevidamente nos acordos após sua homologação – para garantir a viabilidade desse instrumento probatório.

Por fim, a partir da imprescindível pré-compreensão erigida nos capítulos precedentes, realiza-se um exame minucioso da lei 12.850/13, dividido em treze tópicos, que abordam temas que não constam exaustivamente disciplinados na própria lei, restando aos tribunais completar o ordenamento.

Entre esses assuntos constam a vinculação da sentença ao acordo homologado, a diferença entre voluntariedade e espontaneidade, a eventual cumulação de resultados exigidos à contraconduta, o respeito à segurança jurídica na relação entre julgamento de mérito e acordo homologado, a legitimidade para negociar e aditar o acordo de colaboração, a suspensão dos prazos processuais para a realização da contraconduta, as exigências especiais para se obter o prêmio da não denúncia, a flexibilidade das sanções premiaias, o incentivo à

presteza do colaborador, a relação entre negócio jurídico processual e o sistema acusatório, os critérios da validade do acordo (voluntariedade, legalidade e regularidade), a adequação e a homologação do acordo, o dever de colaboração contínua, as rescisões e a anulação do negócio jurídico processual, a opção pelo não exercício do direito ao silêncio, e a exigência de delação corroborada para fundamentar eventual decisão condenatória.

Ao aprofundar cada um desses temas, explicitam-se os pontos de maior controvérsia doutrinária e, quando pertinente, aduz-se jurisprudência dos tribunais superiores. A finalidade última, conforme já adiantado, é determinar a natureza processual da colaboração premiada: meio de obtenção de prova da persecução penal ou instrumento de defesa.

2 CRÍTICAS EMOTIVISTAS

Não é novidade que o debate sobre a juridicidade (conformidade formal e material para com o ordenamento jurídico) – muitas vezes referida como “legitimidade” – da utilização da colaboração premiada no Brasil, é abundante em discursos marcadamente ideológicos que, não raramente, travestem-se com termos jurídico-científicos para, em verdade, defender uma obtusa visão político-criminal que em muito se afasta da deonticidade constitucional.¹ Portanto, deve-se abordar e tratar da questão “sem cair nos extremos de utilitarismo exacerbado ou de um garantismo que ignora a realidade”². Juridicamente, isso pode significar o seguinte: sem se absolutizar a tutela dos bens protegidos pelo direito penal nem a tutela dos direitos individuais do investigado ou acusado.

Essa primeira parte deste estudo, então, ocupa-se com uma chamada de atenção, com um aprofundamento explicativo, sobre o enuviamento retórico da matéria. Será inquirido, e exposto, que tipo de argumentação jurídica é manejado quando tentativas de influência emotiva escurecem o debate racional ao se tratar da juridicidade da colaboração premiada. Para tanto, parte-se da contribuição sobre argumentação jurídica oferecida por Robert Alexy. Esse autor, antes de apresentar sua proposta de discurso racional – ou sua teoria da argumentação –, aborda as mais destacadas teorias metaéticas (teorias que analisam a linguagem normativa) até o momento. Logo depois de expor o naturalismo e o intuicionismo, duas tentativas que se quedam ante a antiga crítica à “falácia naturalista”, é abordado o emotivismo, precipuamente conforme o enfoque de Charles Leslie Stevenson. A argumentação emotivista, como se perceberá, é abundante na maior parte das críticas contra a colaboração premiada. Portanto, sem perder de vista que este estudo também esboça uma análise da colaboração premiada assentada no constitucionalismo discursivo, serão expostas algumas características do emotivismo conforme destacadas por Alexy em sua obra “Teoria da argumentação jurídica”.

1 Conforme já se asseverou alhures, “é preciso antes de tudo compreender como funciona a realização de um acordo de colaboração premiada e não se perder em devaneios sobretudo ideológicos para rechaçar tão importante instrumento de produção de provas.” (FISCHER, Douglas. Apresentação da 3ª edição. In: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 13.

2 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Prefácio à 3ª edição. In: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

Depois de estabelecer alguma pré-compreensão³ necessária, serão analisadas várias críticas à colaboração premiada, apresentando-se citações diretas longas nas notas de rodapé, para que quem acessar este estudo possa, além de ter contato com seu texto, construir conclusões diretamente a partir do texto original dos autores críticos à colaboração. Com isso não se pretende fugir da tomada de posição, pois ela ocorre, sendo exposta ao final, nas conclusões parciais.

2.1 O EMOTIVISMO COMO TEORIA METAÉTICA

Alexy parece reconhecer certa evolução do emotivismo em face do naturalismo e do intuicionismo quando, na introdução à sua exposição sobre o primeiro, assenta que “as proposições normativas não são o mesmo que as proposições sobre objetos empíricos nem o mesmo que as proposições sobre objetos não-epíricos”⁴. Expressado de outro modo, deontologia não é física nem metafísica. Portanto, já que a função das proposições normativas não é explicar ou descrever, as diferentes teorias emotivistas afirmam que tal função seria a de “expressar e/ou provocar sentimentos e/ou atitudes”⁵.

Para o emotivismo⁶, fica em segundo plano a formação do juízo do interlocutor com base em honesta e simples descrição do problema. Abertamente, afirma-se que uma proposição normativa (ou um juízo moral, que é algo diferente, mas semelhante) tem como escopo induzir a conduta ou o julgamento do seu destinatário atuando diretamente sobre as emoções que este possa ter em face do objeto da discussão. A partir disso, fica aberta a possibilidade de se mencionarem fatos temporal ou conteudisticamente distantes do (de qualquer forma irrelevantes ao) tema do debate, bem como aduzir ou intensificar detalhes

3 Toma-se, neste estudo, pré-compreensão no sentido gadameriano. Com isso, deve-se ter em mente que “tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 356)

4 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 62.

5 Ibidem, p. 62 e 63.

6 Dentre várias possíveis teorias, algumas com caracteres emotivistas mais acentuados, outras, menos, Alexy considera a teoria emotivista de Charles Leslie Stevenson a mais influente de todas. “Segundo Stevenson, a função essencial dos juízos morais não é a de referir-se a fatos, mas a de influenciar pessoas. Em vez de simplesmente descrever os interesses das pessoas, eles os modificam ou intensificam. As expressões morais são instrumentos de influência psíquica. Elas têm uma função emotiva além da sua função cognitiva.” (Ibidem, p. 63)

descritivos que não importam a uma possível solução da questão, mas que terão efeito no estado emocional do interlocutor. Disso, conclui-se que sugestões subliminares podem ter muito mais “força argumentativa” do que imperativos explícitos.⁷

Nesse estágio já se pode propor uma distinção entre convencer e persuadir. Essa distinção não teria muito sentido no uso cotidiano dos termos (consulte-se um dicionário, e se verá que são mesmo tratados como sinônimos), mas é cabível neste contexto. Enquanto convencer, aqui, terá o sentido de se obter sucesso em demonstrar a um interlocutor a validade de uma proposição normativa (jurídica ou moral) por meio de uma exposição aberta e honesta de argumentos concretos (embasados na realidade), persuadir terá o sentido de obter a concordância do interlocutor não somente por meio de argumentos concretos aberta e honestamente expostos, mas sim, influenciando-se suas emoções em face do objeto em discussão. Pode-se também dizer que, no âmbito da persuasão, à veracidade e à precisão das proposições lançadas sobre o objeto debatido dá-se menos importância. Com efeito, para o emotivismo, não são os conteúdos objetivos dessas proposições que desencadearão, após uma análise racional, a conclusão do interlocutor, mas as emoções deste.⁸

Não obstante, deve-se deixar claro que Stevenson não refuta totalmente a racionalidade dos discursos, ou seja, ele reconhece que há casos em que, independentemente de influência psíquica (emocional), interlocutores podem chegar a uma mesma conclusão por meio de desapaixonadas proposições lógicas e embasadas em fatos. Porém, o mencionado autor é, de certa forma, “cético” quando à racionalidade humana. Por isso, afirma que tais casos, embora mesmo ocorram intercaladamente aos movimentos persuasivos dos discursos, seriam minoria.⁹

7 “Os juízos éticos condicionam atitudes, ainda que não o façam recorrendo à força de certos estados de ânimo (como ocorre no caso dos imperativos), mas ao mecanismo muito mais flexível da *sugestão*. Os termos emotivos iluminam, por assim dizer, de forma brilhante ou tênue, os sujeitos que se predicam e, desse modo, conduzem as pessoas a mudar suas atitudes. A influência psíquica produzida pelas emoções morais não é algo de que o ouvinte está consciente (ao menos como regra geral).” (Ibidem, p. 64, destaque original)

8 Com efeito, um instrumento comum de persuasão é a emissão de “definições persuasivas”, as quais “servem para influenciar as opiniões mediante a determinação ou mudança do significado descritivo ao mesmo tempo que preservam o significado emotivo. A palavra ‘democracia’, por exemplo, tem um significado emotivo positivo. Este significado pode ser ligado às mais diversas concepções políticas e, desta maneira, pode ser usado para influenciar pessoas.” (Ibidem, p. 65) Perceba-se que essa citada obra de Alexy é de 1978, mas o exemplo dado é impressionantemente atual.

9 “A tese fundamental da teoria da argumentação moral de Stevenson é que, exceto um pequeno número de casos em que o ponto em questão é de não-contradição no sentido lógico, não há *nenhuma* relação *lógica* (nem dedutiva nem indutiva), mas apenas uma relação *psíquica* entre as razões [...] aduzidas a favor ou contra uma proposição normativa e essa proposição normativa [...]. ‘Qualquer enunciado referente a *qualquer* classe de fatos que *qualquer* pessoa considera adequado para alterar atitudes pode ser apresentado

Não obstante, parece que o emotivismo, em verdade, é mais uma proposta de explicação sobre como, em geral, ocorrem os debates sobre proposições normativas, do que uma proposta sobre como se poderia realizar um debate racionalmente, isto é, prescindindo-se da persuasão – ou mesmo refutando-a –, e buscando-se o convencimento (conforme a distinção acima proposta).¹⁰ De fato, não se tenta aqui refutar a ideia de que, na maioria dos debates normativos, são infiltrados argumentos emotivistas e, não raramente, são esses que decidem a questão. Porém, isso mostra-se aceitável em um “debate de boteco”, mas não é suficiente frente à pretensão de correção de uma análise jurídico-científica.

2.1.1 Um paradigma histórico elucidativo

Para encaminhar o fim deste tópico, demonstrar-se-á um exemplo antigo de utilização de argumentação emotivista, identificada (mesmo que não por esse nome) por um dos interlocutores do debate e, a partir disso, esvaziada de potencial. Com efeito, há quase um século, ocorria uma das maiores discussões da história do direito – a definição da competência para o controle constitucional –, em que Carl Schmitt e Hans Kelsen digladiavam. Este mantinha-se oferecendo uma teoria estruturada, com caracteres científicos sólidos e sem disfarces, enquanto aquele estava mesmo interessado em aumentar os poderes do líder do partido ao qual prestava apoio. Não à toa, as atuais principais democracias têm suas cortes constitucionais. Poder-se-ia dizer que a ciência venceu.

Artigos kelsenianos frutificados no bojo desse conflito foram compilados em obra denominada “Jurisdição constitucional”, em cujo capítulo “Quem deve ser o guarda da constituição?”, Kelsen ilumina a proposta eminentemente ideológica de Carl Schmitt, travestida de doutrina jurídica, consubstanciada em conferir a um líder político (o *Führer*) o controle constitucional das leis em detrimento de um órgão jurisdicional autônomo (o tribunal constitucional). No mencionado capítulo, Kelsen teve de inserir uma nota de rodapé para lembrar como sua teoria do escalonamento (conhecida no Brasil por “pirâmide jurídica

como uma razão a favor ou contra um juízo ético. Que esse último dê resultado na prática dependerá de que o ouvinte creia no que o enunciado afirma e que, se o crê, mude suas atitudes’.” (Ibidem, 65 e 66, destaques originais)

10 Com efeito, “Stevenson chama a argumentação de ‘racional’ se as partes de uma discussão apresentam fatos como argumentos, como ocorre nos casos mencionados até agora. Em todos os outros casos, ela é não-racional ou persuasiva. Stevenson cita os seguintes exemplos de argumentação persuasiva: o uso de definições persuasivas, a reiteração das expressões emotivas éticas, modos metafóricos de discurso e narração didática. Por isso é importante notar que, segundo Stevenson, os elementos persuasivos e racionais são combinados na maioria das argumentações práticas.” (Ibidem, p. 67)

kelseniana”) mantinha-se válida e incólume frente aos ataques doutrinários de Schmitt. É interessante notar que Kelsen lançava luz ao *modus operandi* de Schmitt evidenciando a ausência de uma crítica que abordasse realmente o objeto que se pretendia criticar. Em vez disso, simplesmente lançavam-se locuções negativas contra a teoria de Kelsen (as quais este chamou de “juízos de valor”), como que buscando despertar o desprezo do leitor em face dela sem mesmo ensinar-lhe conhecê-la. Em outras palavras, em não se explicando objetivamente a doutrina criticada, o interlocutor não poderia julgar se ela era ou não cientificamente sólida, e a ele só restaria morder – ou refutar – a isca emocional lançada por Schmitt.¹¹

Impressiona a proximidade entre o que Kelsen chamou de “argumentos objetivos” e Alexy chama de “argumentos racionais”, e entre o que Stevenson chamou de “termos emotivos” e Kelsen chamou de “juízos de valor bastante emocionais”. Além de que, sabe-se bem hoje, enquanto Kelsen objetivava oferecer uma teoria que expusesse as estruturas do direito – sem dar-lhe aprioristicamente um conteúdo –, Schmitt estava muito mais preocupado em defender um programa político (que, não se desconhece, acabou sendo implementado). Isso evidencia, por um lado, que, apesar de a classificação metaética de Alexy sobre os tipos de argumentos ser relativamente recente (segunda metade do século vinte), os argumentos emotivistas são há muito tempo bastante empregados; e, por outro lado, que, em que pese a não se prestarem à ciência jurídica, têm grande potencial de persuasão, ou seja, muita capacidade de produzir efeitos na seara política. Corroborando tal asserção, apenas lembra-se aqui que, embora hoje dificilmente se defenda a doutrina schmittiana em face da kelseniana, foi Schmitt quem arregimentou mais “adeptos” na época em que ele e Kelsen debateram.

11 Transcreve-se pertinente trecho da argumentação kelseniana. “Quando a teoria do gradualismo [*o escalonamento normativo de Kelsen*] vê uma produção de norma tanto na legislação como na jurisdição, procede tão metodologicamente quanto Schmitt quando este reconhece em ambas o ‘elemento de decisão’. Daí se explicará a veemência de sua polêmica, que trabalha menos com argumentos objetivos do que com juízos de valor bastante emocionais, como ‘abstrações vazias’, ‘metáforas fantasiosas’, ‘lógica aguada’. O resultado da teoria do gradualismo – elaborada por mim com base numa crítica metodológica radical e numa luta encarniçada contra todo antropomorfismo – a ‘*Hierarquia das normas*’ [*Hierarchie der Normen*], é liquidado rapidamente numa nota como um ‘antropomorfismo acrítico e privado de método’ e ‘alegoria improvisada’. Teria pouco sentido, na resenha de um trabalho que é eminentemente de política do direito, discutir sobre uma teoria que não oferecerá outra coisa além de uma análise estrutural do direito. Contento-me portanto em afirmar que a doutrina contra a qual Schmitt polemiza não tem quase nada a ver com a teoria defendida por mim.” (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 260, nota de rodapé n. 8)

2.2 ALGUMAS CRÍTICAS À COLABORAÇÃO PREMIADA

Serão analisados sete textos (de sete diferentes autores) que, além de terem sido escolhidos por se destacarem pela alta carga de argumentação emotivista empregada, acabam por ser representativos de tantos outros escritos, os quais serão mencionados nas notas de rodapé. Perceber-se-á que, conforme escreveu Stevenson¹², às vezes são intercalados argumentos lógicos (relação indutiva ou dedutiva) com argumentos puramente emotivos (mera influência psíquica) – não racionais portanto – para defender cada ponto de vista. Chamar-se-á a atenção para as diversas tentativas de mera influência emocional e refutar-se-ão discursivamente (no sentido de Alexy) as críticas juridicamente lastreadas ou, ao menos, pretensamente fulcradas na legislação e nos fatos atuais pertinentes à colaboração premiada.

2.2.1 Adjetivação compulsiva

O mesmo destaque que Kelsen fez às pretensas críticas de Schmitt, esboçado há poucas linhas acima, pode ser feito com relação à “veemência” da adjetivação que o primeiro texto crítico a ser analisado apresenta contra a colaboração premiada. Ele é rico em (termos kelsenianos) “juízos de valor bastante emocionais”. Exemplos: “vantagem abjeta”¹³; “forma abjeta”¹⁴; “meio abjeto e ignóbil”¹⁵.¹⁶ Como se verá, há muita abjeção e pouca fundamentação.

Inicia o autor buscando apoio em Carl Joseph Anton Mittermayer para criticar a adequação da delação premiada (enquanto espécie da colaboração) como meio de prova.¹⁷ Nisso, já se encontra um desencaixe entre o conteúdo do texto do autor alemão transcrito e o

12 Ver, acima, tópico 2.1.

13 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 138.

14 Ibidem, p. 139.

15 Ibidem, p. 140.

16 Também empregadas para se referir à colaboração premiada, parecem enquadrar-se nessa mesma linha persuasiva as expressões “extorsão premiada” (CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 101), “prostituição da delinquência” (MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação Premiada: aspectos jurídicos**. 2ª ed. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2016, p. 43), “pacto macabro” (MOREIRA, Rômulo. **A delação premiada no Brasil ontem e hoje: razões jurídicas, éticas e constitucionais pelas quais a repudiamos**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 397), “suave inquisição” (SANTIAGO NETO, José de Assis; PENIDO, Flávia Ávila. **A delação premiada em confronto com o processo democrático**. In: idem, p. 269, 270 e 275), “pandemia virótica” a contaminar membros do ministério público (PAULO JUNIOR, José Marinho. A natureza jurídica precariíssima da informação obtida através da delação premiada à luz do direito probatório no estado democrático. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 155, jul. 2006, p. 155), “caixa preta do processo penal brasileiro” (DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1003)

ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente porque a advertência esvazia-se quando se condiciona o prêmio à efetividade da colaboração, é dizer, quando as declarações do colaborador trouxerem concretamente resultados positivos à persecução penal (e, por óbvio, só informações verazes conseguem fazê-lo).¹⁸ Tal já era o quadro jurídico em 2006 (época em que datado o texto de Aranha), pois vigia a lei 9.034/95¹⁹. Em segundo lugar, pulverizando de vez a base da crítica, também já se criminalizavam imputações e revelações inverídicas.²⁰ Atualmente, com a vigência da lei 12.850/13, não restam dúvidas quanto à existência desses dispositivos de segurança para a técnica da colaboração premiada, pois, além de inviabilizar uma condenação lastreada em mera palavra de colaborador e exigir efetividade da conduta para concederem-se os prêmios, ela também criminaliza declarações mendazes.²¹ Fica aberta a questão sobre por que o autor preferiu resgatar uma obra datada da primeira metade do século dezenove²² para fomentar a crítica e não focou a legislação brasileira, que já havia dado uma resposta à advertência de Mittermayer.

Adiante, o crítico parece desconhecer a situação, não incomum, de crise investigativa²³. Além do mais, salvo melhor juízo, ignora que a confirmação do conteúdo de

17 “Mittermayer renegou força condenatória à delação, afirmando expressamente: ‘O depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades. Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições.’ No entender do autor citado só se pode dar valor ao depoimento do cúmplice se apoiado pelas provas restantes, incluindo e falando expressamente na acareação. Ora, se temos ‘provas restantes’ incriminatórias, o fundamento condenatório será dado por elas e não pela delação.” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal...**, p. 134)

18 Ver, adiante, item 4.1.3.

19 “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.”

20 Do código penal: “**Denúnciação caluniosa** Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. § 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.”

21 Ver, adiante, item 4.13.1.

22 Em que pese a não se ter encontrado a obra de Mittermayer que resultou na tradução para o português, quer parecer que seu texto-base é o da *Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse*, primeiramente publicada em 1821. Não obstante, conseguiu-se encontrar a primeira versão em vernáculo nacional, publicada em 1871, que já é de domínio público: MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor A. A. da Cruz Coutinho, 1871. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000146.pdf>> Acesso em: 1 jun. 2017.

23 Também chamada de “estado de necessidade de investigação” ou “emergência investigativa”. Valdez Pereira descreve-a como “uma situação de impasse ou bloqueio na apuração persecutória de determinados delitos e de seus atores. Configurar-se-ia verdadeira impossibilidade de prosseguimento judicial com vista ao esclarecimento, em regra, da criminalidade mais grave, o que, por isso, identificaria também uma disfunção

uma delação, por si só, também não seria suficiente para fundamentar uma condenação. Com efeito, é exatamente o enlace entre uma delação sem contradições (sejam elas internas, ou seja, quando a delação comporta proposições cujos conteúdos conflitam entre si; sejam externas, isto é, com conteúdo contraditório em face de elementos probatórios oriundos de outra fonte) e dados que corroboram sua veracidade o que atribui confiabilidade às palavras do pretense colaborador.²⁴

Portanto, não se estranha muito quando, em passagem seguinte²⁵, o autor deixa transparecer que não enxerga a colaboração como uma técnica investigativa.²⁶ Primeiramente, repisa-se que aqui não se faz oposição à necessidade de vincular a colaboração à confissão da

do sistema penal, uma falência ou lacuna quanto à sua funcionalidade: crimes de maior lesividade restariam sem esclarecimento pelos tradicionais meios de prova, o que, portanto, exigiria a busca de instrumentos idôneos a melhorar ou aperfeiçoar a eficácia das investigações.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 79) Também reconhecem a crise de investigação e/ou a necessidade dos novos meios de obtenção de prova: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 170. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 53 e 95. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Vol. único. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 524. CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada**: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na lei 12.850/2013. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 256. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: idem, p. 55. WUNDERLICH, Alexandre. **Colaboração premiada**: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In: idem, p. 22. TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução de Sérgio Fernando Moro. **Revista CEJ**, Brasília, ano 11, n. 37, p. 68, abr./jun. 2007, p. 74.

24 Conforme a disciplina da lei 12.850/13, em seu artigo 4º, § 16, “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (ver, adiante, tópico 4.13), é dizer, nem mesmo uma sentença condenatória contra o próprio colaborador confesso (a colaboração não visa à mera confissão – ver, adiante, tópico 3.1). Portanto, ele tem de colaborar efetivamente, de modo a fornecer informações que lastreiem concretamente o conteúdo do seu depoimento. Assim, resta totalmente descabido afirmar-se, na mesma linha da crítica cuja fraqueza está aqui se revelando, que ocorre uma “negociata intensa entre os órgãos da persecução penal, notadamente afetos à Procuradoria da República e aqueles que estão sendo objeto de investigação criminal, sobre a promessa de prêmio diante da delação de seus comparsas, sem qualquer tipo de limitação e controle daquilo que se constitui a ‘defesa’ do dedo-duro.” (MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação Premiada**..., p. 30) Ora, tanto não existe a fantasiosa ausência de limitação e controle como não se trata de “negociata” (falcatura, embuste, trapaça). Entender daquele modo pressuporia participação, nessa “negociata”, tanto dos órgãos de investigação como do próprio poder judiciário, o qual exerce o controle de juridicidade do acordo (a homologação) para que esse possa vir a ter validade e eficácia (ver, adiante, tópico 4.9).

25 “Aceitando a delação como prova condenatória, o Egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo proclamou que: ‘A clássica chamada de co-réu implica a confissão da própria responsabilidade. Por conseguinte, o primeiro elemento necessário para que ela seja verdadeira é que a confissão também o seja; em segundo lugar que não tenha a inspirá-la razões de ódio e em terceiro lugar que não mascare escopo oculto de atenuar a responsabilidade de quem quer que seja’ (RT, 419:295). Julgado com nítida inspiração em Altavilla, pois admitiu força probante mediante condições contidas na própria acusação: veracidade da confissão do acusador; inexistência de interesses ocultos, como o ódio, e incapaz de melhorar a situação do delator.” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**..., p. 134)

26 Ressalta-se que é pervasivo na doutrina – e na jurisprudência – o emprego indistinto das expressões “técnica de investigação”, “meio de obtenção de prova”, “método de investigação”, “instrumento persecutório” para se referir à colaboração premiada. Neste estudo, ausente o escopo de investigar eventuais diferenças conceituais entre as mencionadas expressões, também consta tal sinonimização.

própria responsabilidade. Sem essa salvaguarda, não haveria por que conferir às informações a credibilidade atribuível ao conhecimento de quem realmente participou (e, portanto, conhece “a partir de dentro”²⁷) da empreitada criminosa sob investigação. Com efeito, além da importância do conhecimento pessoal sobre as atividades, há a perspectiva de que seriam de pouca confiabilidade as informações prestadas caso quem as emanasse não tivesse de se vincular a elas confessando-se envolvido. Em outras palavras, se fosse possível apenas informar sobre materialidade e autoria de crimes alheios, sempre negando a própria participação, os colaboradores poderiam obter benefícios informando sobre qualquer atividade criminosa de que tivessem conhecimento. O resultado disso seria a deturpação do instituto de colaboração premiada por meio do seu uso como instrumento para prejudicar concorrentes ou inimigos.²⁸

Por outro lado, em havendo a corroboração probatória do que se informou, desimporta que haja, por parte do colaborador “interesses ocultos, como o ódio”, inveja, rancor, ciúme, qualquer outro sentimento. Afinal, não será realizada uma inspeção psicanalítica no colaborador para se certificar da ausência de “sentimentos malvados” na motivação da atividade colaborativa. O critério para avaliar a confiabilidade das informações do colaborador é a corroboração probatória.²⁹ E só assim, isto é, havendo efetividade na colaboração, as sanções premiaias serão garantidas. Aliás, a obtenção dessas é a principal motivação do pretense colaborador. O “prêmio” é um dos fulcros do funcionamento dessa técnica de investigação.³⁰ E, portanto, fica evidente que o crítico nega-a enquanto tal (técnica investigativa) ao escrever que, para ser válida, a colaboração premiada tem de ser “incapaz de melhorar a situação do delator”.

27 Ver, adiante, itens 3.1.2 e 4.12.2.

28 “Em verdade, em qualquer caso em que o imputado possa receber um potencial benefício há riscos de colaborações mendazes, independentemente dos benefícios ofertados. Isso é inerente e faz parte do instituto. [...] o foco do problema deve ser outro, não nos benefícios, mas, sim, nos filtros que devem estar presentes para evitar as falsas colaborações.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**..., p. 85). Remete-se, portanto, mais uma vez aos itens 3.1.2 e 4.12.2.

29 No mesmo sentido: “O que importa é a voluntariedade da colaboração e sua aptidão, em tese, para alcançar o resultado probatório pretendido, uma vez que a *exigência de elementos externos de corroboração* de suas declarações constituirá o necessário *antídoto* para o eventual desejo de prejudicar terceiros.” (CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 221, destaques originais) Ver, adiante, tópico 4.13.

30 Ver, adiante, item 3.2.1.

Outra frente de ataque a esse instrumento de probatório é aberta ao se inferir que o contraditório restaria violado quando empregado.³¹ Como já dito acima, o texto é datado de 2006. Haveria, então, alguma base para a preocupação. Porém, já em 2008, o código de processo penal foi alterado para abarcar o *cross examination*³², o que já expungiria o problema aventado.³³ Já com relação à fase de persecução pré-processual, o inquérito precipuamente, não há falar em violação ao contraditório, vez que essa é uma garantia processual, não se aplicando à atividade policial, de caráter investigatório.³⁴ Não obstante, qualquer elemento probatório oriundo dessa fase, para resultar em eventual condenação de delatado, terá de passar pelos crivos da via processual.

Outra crítica geralmente disparada contra a colaboração premiada é que seria um instituto processual surgido e alastrado no *common law*, e só nessa tradição seria harmônico com os ordenamentos jurídicos, enquanto a positivação da colaboração no Brasil seria uma tentativa forçada de “transplante de técnica alienígena”.³⁵ Em verdade, porém, a colaboração

31 “Ora, se ao atingido pela delação não é possível interferir no interrogatório do acusador, fazendo perguntas ou reperguntas que poderão levar à verdade ou ao desmascaramento, onde obedecido o princípio do contraditório? Se as partes, o acusado com o seu defensor, obrigatoriamente devem estar presentes nos depoimentos prestados pelo ofendido e pelas testemunhas, podendo perguntar e reperguntar, sob pena de nulidade por violar o princípio constitucional do contraditório, como dar valor pleno à delação, quando no interrogatório e na ouvida só o juiz ou a autoridade policial podem perguntar?” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**..., p. 136)

32 “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”

33 No mesmo sentido: FARIAS, Valdoir Bernardi de. **Delação premiada**: constitucionalidade, aplicabilidade e valoração. In: BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; AMARO, Luciane Drago Amaro (Orgs.). Temas contemporâneos de direito. Passo Fundo, RS: Méritos, 2009, p. 151, nota de rodapé n. 88.

34 Esse entendimento, embora se possa encontrar posições doutrinárias em sentido contrário, já está mais que pacificado nos tribunais superiores. Exemplifica-se: “Agravamento regimental em recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Condenação. Crime de lesão corporal. Falta de justa causa para a ação penal. Superveniência da sentença condenatória, confirmada em segundo grau de jurisdição. Prejudicialidade da alegação. Precedentes. Violação do princípio do contraditório no curso das investigações. Não ocorrência. Regimental não provido. 1. A superveniência da sentença condenatória, confirmada em segundo grau de jurisdição, torna prejudicada a alegação de falta de justa causa (v.g. HC nº 116.561/GO, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 29/8/13). 2. Melhor sorte não assiste ao agravante quanto à alegação de violação do princípio do contraditório, uma vez que esse princípio não se aplica à fase da investigação preliminar (v.g. RE nº 136.239/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJ de 14/8/92). 3. Agravamento regimental ao qual se nega provimento.” (STF, RHC 133.719 AgR, 2ª Turma, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 2/5/2017, publ. 16/5/2017)

35 “A delação premiada, segundo nos ensinam os doutos [*Quem são esses doutos? Essa falta de indicação bibliográfica carece de pretensão científica*], teria surgido nos Estados Unidos no decorrer da campanha contra a Máfia, a Cosa Nostra e outras organizações criminosas [...]” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**..., p. 136)

premiada (por óbvio, com outros contornos) existia mesmo nas ordenações filipinas (livro 5), que vigeram no Brasil de 1603 a 1830.³⁶ Curiosamente, isso veio inclusive a ser reconhecido em paradigmático acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.³⁷

E, para além da falaciosa incompatibilidade da colaboração premiada com o direito continental, tenta-se também, aí sim manejando emotivismo puro, enquadrá-la no malicioso brocardo “os fins justificam os meios”.³⁸ Veja-se que esse aforismo pode ser entendido simplesmente como uma explicação sobre a ação humana, mais precisamente sobre a capacidade de avaliar meios e escolher o que melhor atenderá às finalidades do indivíduo. Essa faculdade é a base da evolução da humanidade. Por outro lado, o brocardo, de tão retoricamente manejado, já tem em si adesivado o sentido de que desimportaria o quão perniciosas fossem as demais consequências do meio empregado, conquanto determinada uma fosse alcançada.

36 Para uma visão panorâmica dos diversos dispositivos penais brasileiros que apresentaram natureza de colaboração premiada (para além da mera confissão) – bem como de suas respectivas idiosincrasias redacionais – desde a lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) e anteriormente à lei 12.850/13, conferir CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, vol. 37, n. 117, p. 273, mar. 2010.

37 “No Título VI, item 12, do citado Livro V, previa-se o perdão ao partícipe e delator do crime de lesa majestade (‘e quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão’), assim como uma recompensa (‘mercê’) ao delator, ‘segundo o caso merecer’, desde que não fosse o principal organizador da empreitada criminosa (‘se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação’). Esse benefício, todavia, não tinha incidência se outrem delatasse o crime (‘sendo já per outrem descoberto’) ou se já houvesse investigação a seu respeito (‘posto em ordem para se descobrir’), pois, nessas hipóteses, o rei já teria conhecimento do fato ou estaria em condições de o saber. O segundo dispositivo constava do Título CXVI (‘como se perdoará aos malfeitores [...] que derem outros à prisão’). Relativamente aos crimes de falsificação de moeda, sinal ou selo; incêndio; homicídio; furto; falso testemunho; ‘quebrantar prisões e cadêas de fôra per força’; ‘forçar mulher’; ‘entrar em Mosteiro de Freiras com proposito deshonesto’; ‘em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabellião, ou Scrivão’, previa-se, por exemplo, que ‘[q]ualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes (...); tanto que assi der à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu á prisão, participante em cada hum dos ditos maleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte’. Esse mesmo dispositivo previa ainda, além do perdão ao delator, uma recompensa pecuniária, ao estabelecer que, ‘sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e der á prisão, e lho provar, haja de Nós trinta cruzados de mercê’.” (STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016, p. 17 e 18 do inteiro teor do acórdão) Ainda, na doutrina, chama-se a atenção para o interrogatório do acusado conforme a disciplina do código de processo penal (“Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.”), aduzindo-se que “a confissão de corréu incriminando o outro, portanto, não é novidade na legislação brasileira.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada...*, p. 94)

38 “Na verdade, dava-se ao delator confitente um benefício pelo seu ignóbil ato de traição. Mais uma vez, os fins justificam os meios.” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal...*, p. 136) Essa mesma retórica encontra-se em DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas...*, p. 1031.

Com relação à colaboração premiada, enquanto técnica de investigação que é, sua finalidade é superar a crise investigativa, realizando o comando, de hierarquia constitucional, da proibição de proteção insuficiente.³⁹ Uma outra consequência da colaboração? O rompimento da fidelidade à organização e à atividade criminosa. Portanto, quando se fala de “traição” para atacar a colaboração⁴⁰, está-se pretendendo tutelar a confiança entre os agentes criminosos e, dessa forma, também a estabilidade da atividade delituosa. Quer parecer que essa é uma postura pueril.⁴¹ Se não mesmo inconsequente.

Em seguida, sem indicar bibliografia para os fatos indigitados, o autor afirma que, na Itália, a colaboração premiada não teria mais crédito.⁴² A asserção se revela sem fundamentos. Não é à toa que se critica com base em “segundo dizem”. Com relação à Itália, é de se destacar que, após o grande impacto – causado pela técnica investigativa da colaboração premiada – recebido pelas organizações criminosas, políticos moveram um ataque legislativo

39 Para uma exposição detalhada da proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*) no âmbito do direito penal, conferir BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**..., p. 52 e seguintes. Nessa esteira, ressalte-se o efeito preventivo geral da colaboração premiada, na medida em que “o custo de se associar ao bando passa a ser alto quando se sabe que, se um dos membros for investigado ou processado, receberá do Estado proposta atraente para delatar a organização criminosa. É claro o efeito dissuasivo da colaboração, no sentido de evitar que as pessoas criem, componham ou mesmo auxiliem organizações criminosas.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 209)

40 Este mesmo movimento retórico, insistir no rótulo de “traição” sem se aprofundar na diametral diferença entre a atividade abandonada e a contraconduta – é dizer, sem encarar a realidade de que se troca a fidelidade ao crime pela fidelidade ao direito – pode ser encontrado também em: MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação Premiada**..., p. 30 e 31. MARTINS, Ricardo Cunha. A aparente legalidade da delação premiada e a imoralidade legalizada. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 37, ago. 2010, p. 2. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>> Acesso em: 16 dez. 2018. GONÇALVES, Carlos Eduardo. **A delação premiada como fundamento de prisão preventiva**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 110 e 111. MOREIRA, Rômulo. **A delação premiada no Brasil ontem e hoje: razões jurídicas, éticas e constitucionais pelas quais a repudiamos**. In: idem, p. 394, 398, 400, 403, 406. PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães; BITENCOURT, Mateus Salles. **Delação premiada: reflexões no contexto do estado democrático de direito**. In: idem, p. 200.

41 Em consonância, colhe-se da doutrina o seguinte. “Obviamente, o risco de ser delatado pelo cúmplice preso é um risco a ser assumido na empreitada delituosa. Se o risco da traição é inerente às atividades lícitas, muito maior sê-lo-á nos comportamentos contrários ao ordenamento jurídico. Ao considerar os motivos que induzem alguém a delatar, se houver arrependimento, a própria lei o reconhece como meio de amenizar a situação do condenado. Caso os motivos sejam outros, como a vingança, faz parte do risco de se praticar uma atividade ilícita. Toda questão ética que possa envolver a delação premiada integra o risco do crime.” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação premiada: uma realidade sem volta**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 244)

42 “Em razão do resultado positivo alcançado na Itália na operação já referida [*Mãos Limpas*], foi ela [*a delação premiada*] copiada por vários outros países, várias outras legislações. Todavia, segundo dizem, com o uso e o tempo, degenerou-se a ponto de merecer pouco crédito nos dias atuais.” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**..., p. 137)

às investigações, mitigando o poder da reação estatal à atividade criminosa (salienta-se que manobra muito semelhante já se mostrou em atividade no congresso nacional brasileiro⁴³), isso sim causando a erosão da funcionalidade da colaboração.⁴⁴

Sem embargo, o autor segue sua crítica, mostrando-se terminantemente contrário à possibilidade de que a “imunidade processual” ou “não denúncia” esteja entre os prêmios da colaboração efetiva.⁴⁵ De outro ponto de vista, e não se ignorando a tremenda controvérsia sobre a questão, quer parecer que, mesmo antes da edição da lei 12.850/13, poder-se-ia, sim, visualizar juridicidade na hipótese de se deixar de oferecer a ação penal pública, já que a própria constituição da república estabelece o ministério público como titular daquela (artigo 129, inciso I) – não podendo o poder judiciário obrigá-lo a acusar alguém –, bem como institui expressamente a transação penal (artigo 98, inciso I). A isso agrega-se que tratado internacional ratificado pelo Brasil já previa a não denúncia como incentivo para possíveis colaboradores a fim de potencializar as investigações criminais.⁴⁶ De qualquer modo, agora a lei 12.850/13 não deixa mais dúvida quanto à possibilidade de imunidade processual.⁴⁷

Não obstante, há um ponto potencialmente ainda mais problemático detectado no texto do autor, quando afirma a impossibilidade de conferir qualquer exigibilidade a acordos formalizados entre imputado e estado-investigador.⁴⁸ Destaca-se que a lei mais atual a regular

43 CARVALHO, Daniel. Projetos buscam restringir acordos de delações premiadas. **O Estado de S.Paulo**, 5 mar. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br>> Acesso em: 20 set. 2017.

44 Não se aprofundará aqui a questão política italiana, mas sugere-se conferir, sobre o ponto, DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 280 a 284. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Déjà vu**: diálogos possíveis entre a operação “Mãos Limpas” italiana e a realidade brasileira. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br>> Acesso em: 24 dez. 2018.

45 “[...] não se poderia premiar o delator com a impunidade ou a sua exclusão do processo pelo órgão acusador, como ocorreu nos Estados Unidos e na Itália. Entre nós vigoram os princípios da indivisibilidade e da indisponibilidade da ação penal, com o que não se pode falar eventualmente em se dar como recompensa a impunidade, exclusão do processo, a renúncia ou qualquer outro benefício, mesmo que prometido pelo Ministério Público.” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal...**, p. 139)

46 Trata-se da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, internalizada no Brasil pelo decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Adiante, no item **3.1.2**, ela é retomada.

47 “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...] § 4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”

48 “Tanto o perdão judicial como a redução da pena são atribuições específicas do magistrado, com o que não se pode falar em ‘acordos’ com o Ministério Público ou o órgão policial. A estes somente é possível a promessa de requerer ao juiz a aplicação do benefício ao réu colaborador, como preceitua o art. 13 da Lei n. 9.807/99.” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal...**, p. 139)

a matéria conferiu à colaboração premiada todos os contornos de um acordo entre partes negociais. A partir disso, levanta-se com força o debate sobre a extensão, e os critérios para tanto, da possibilidade de interferência judicial sobre o que acordado entre investigadores e colaborador. Uma abordagem aprofundada sobre essa questão encontra-se adiante, no item **3.3.2**. Não obstante, adianta-se sinteticamente que as conclusões são no sentido de que a ausência de um acordo acarreta promessas não executáveis, o que, por sua vez, consubstancia enorme insegurança jurídica. Esse quadro de falta de confiança repele potenciais colaboradores, e isso, por derradeiro, acarreta inocuidade do instituto enquanto técnica investigativa. Em outras palavras, a efetividade da colaboração premiada tem como pressuposto um autocontrole judicial sobre o que, dentro dos limites jurídicos, for acordado entre investigadores e colaborador. Exatamente ao contrário do que o crítico preceitua.

Por fim, o autor encerra seu texto sobre a matéria dardejando adjetivações infundadas, todas acima refutadas, evidenciando cabalmente a carga de argumentação emotivista empregada.⁴⁹ Assim, em que pese a ser autoevidente o emotivismo empregado, cabe destacar, para finalizar esta análise, que “independentemente dos adjetivos que se dessem a ele [*o colaborador*], sem dúvida alguma, foi com as suas informações que se pôde começar a compreender como o mercado paralelo [*ilícito*] funcionava, e aquilo que parecia ser segredo de estado, cravado pela confiança que rege essas relações [*criminosas*], passou a vir à tona. Com isso, algumas pessoas que se julgavam absolutamente inatingíveis se tornaram vulneráveis.”⁵⁰ Isso, é claro, dificilmente vem a ser abordado quando as críticas afastam-se da objetividade, é dizer, quando furtam-se tanto a debater colaboração enquanto potencializadora da persecução penal como enquanto possível meio de defesa.

2.2.2 O despertar de sentimentos

Antes da lei 12.850/13, não se entendia a colaboração premiada como técnica de investigação, mas precipuamente como mero meio para se alcançar um perdão judicial, ou

49 “Acrescente-se a tudo que foi apresentado que estamos frente a um meio abjeto de obtenção de prova, pois, para tanto, usou-se de traição de alguém ou de um traidor, dando-lhe, ainda, a recompensa para sua ignomínia. Embora não se trate de prova ilícita ou imoral, ao reverso, de prova legalmente prevista, pra sua valoração não se pode esquecer do meio abjeto e ignóbil como obtida: o Estado acena com um prêmio ao traidor, recompensa esta que pode até ser o perdão judicial.” (Ibidem, p. 140)

50 DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 106.

uma redução punitiva, fulcrado em ficta desnecessidade da pena.⁵¹ A partir disso, em uma – pelo que parece – tentativa de defender a colaboração premiada, o autor do texto ora em análise amplia a análise jurídica para uma análise moral bastante marcada por religiosidade. Nisso acaba atrelando à colaboração premiada finalidades e efeitos que, em verdade, ela não tem, como por exemplo desencadear “sentimentos positivos” no imputado.⁵²

Em uma pequena parte concorda-se com a obra sob exame: a colaboração premiada não compreende uma “barganha sombria” visando a “soluções fáceis” para a persecução penal. Afinal, o acordo será plenamente publicizado, na mais delongada hipótese, até o recebimento da denúncia, e a técnica investigativa é utilizada exatamente para se poder superar persecuções penais difíceis, que não restariam eficazes se amparadas apenas nos métodos convencionais de investigação. Já contrariamente ao que examinado, entende-se que a colaboração premiada não visa “despertar arrependimento” em quem praticou crime algum. O sentimento de arrependimento pode, não se nega tal, ser a causa (ou uma delas) para uma atividade de cooperação com a justiça por meio da colaboração premiada. O inverso, esta como causa daquele, seria, no mínimo, de comprovabilidade muito questionável.

51 Isso é depreendido do seguinte exemplo doutrinário exarado no contexto da lei 9.807/99. “Nesse ajuste fino do instituto do perdão judicial, à luz da nova legislação, pode-se conceituá-lo como medida de política-criminal por meio da qual, reconhecida a existência de todos os pressupostos de existência do delito, e com fundamento na prevenção especial e geral de crimes, considera-se extinta a punibilidade do delito, para o qual a pena se mostra desnecessária e inútil, seja deixando de aplicar a sanção penal, seja fazendo cessar o cumprimento da reprimenda, cancelando-se, neste caso, inclusive os efeitos genéricos e específicos da condenação.” (AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. **Boletim IBCCRIM**, vol. 7, n. 83, p. 5, São Paulo, out. 1999)

52 “Sob outro ângulo, o perdão judicial e a diminuição da pena previstos na nova legislação embebem-se de eticidade, não se constituindo num desprestígio ao direito punitivo, nem numa barganha sombria do Estado com o criminoso para a busca e soluções fáceis para a investigação penal e para o processo penal à custa e sacrifício de princípios morais. Como assinala Jorge Alberto Romeiro, ‘o sentimento reflexo de bondade, pois salvo raras exceções, a indulgência determina também, na generalidade dos indivíduos, por uma espécie de mimetismo psicológico, sentimentos reflexos de altruísmo. Assim, o perdoado de um mal pretérito poderia sentir o dever de compensá-lo com um futuro bom comportamento.’ Aliás, o fazer bem ao próximo desencadeia sentimentos e posicionamentos positivos e favoráveis com relação a quem fez o bem. As Escrituras Sagradas pontuam: ‘Portanto, se o teu inimigo tiver fome, dá-lhe de comer; se tiver sede, dá-lhe de beber; porque, fazendo isto, amontoarás brasas de fogo sobre a sua cabeça’. O ‘amontoar brasas de fogo sobre a cabeça’ significa, aqui no texto, justamente despertar sobre quem praticou a má ação um sentimento de arrependimento e de reversão da postura de colisão com os valores negados com a ação ilícita. Portanto, sob os princípios de uma ética cristã, o instituto do perdão judicial e da causa de diminuição de pena particularmente previstos na nova lei, estariam plenamente justificados. De outro lado, é medida de política criminal orientada finalisticamente a renúncia à pena, em caso de não se justificar sua aplicação em virtude de a culpabilidade do agente não indicar a necessidade da reprimenda ou em razão de o fato em si mesmo não apresentar merecimento da mais severa resposta jurídica estatal. De um lado a diminuta culpa pessoal, apreciado o agente no conjunto e totalidade da ação delituosa e de sua vida *ante acta e post acta*, e de outro a natureza do bem jurídico objeto de proteção, a forma de lesão havida e a mínima repercussão social do fato, podem aconselhar a dispensa da reprimenda. Se a reprimenda já não potencialmente atingirá a finalidade retributiva ou preventiva, seja especial ou geral, positiva ou negativa, é caso de dispensa de pena.” (Ibidem)

Ainda discordando-se do escrito analisado, afirma-se que os prêmios são adjudicáveis também a colaboradores cuja participação nas atividades criminosas investigadas mereceria a “mais severa resposta estatal”, não fosse sua contraconduta efetiva e a consequente atenuação da reprimenda estatal. Não entender assim significaria restringir o espectro de potenciais colaboradores tão intensamente que inviabilizaria a utilização da técnica investigativa. Com efeito, quanto mais envolvido na atividade criminosa, potencialmente maior será o conhecimento do agente sobre ela.⁵³

Portanto, não há falar em sanção premial devida a um esvaziamento, no caso concreto, da “finalidade retributiva ou preventiva, seja especial ou geral, positiva ou negativa” da pena. Repisa-se: as condutas criminosas perfectibilizadas pelo agente ainda seriam plenamente puníveis; as sanções cabíveis só serão atenuadas para que a persecução penal como um todo seja potencializada (pela contraconduta do colaborador). Essa é a finalidade da colaboração premiada, que é primordialmente uma técnica investigativa especial.⁵⁴ Com efeito, após catorze anos e a publicação da lei 12.850/13, o autor voltou a manifestar-se sobre a colaboração premiada, aparentando ter evoluído seu entendimento, enxergando-a agora como uma possível técnica da defesa e elogiando-a.⁵⁵

Não obstante, o resto da manifestação assenta-se nas mesmas bases de catorze anos atrás. Isso pode ser um problema, pois um elogio mal fundamentado pode muito bem ser usado como munição para críticas. Nessa linha, o autor ainda enfatiza que a contraconduta efetivada mitigaria o potencial repressivo e preventivo da pena que seria aplicada se não houvesse a adjudicação premial. Mas ele apenas tenta salientar que a “penetração de sua personalidade pelos valores ético-jurídicos imperantes” ocorre numa “perspectiva objetiva”.⁵⁶

53 Ver, adiante, itens **3.1.2** e **4.12.2**.

54 Adiante, no item **3.1.2**, retoma-se isso mais pormenorizadamente.

55 “Em abreviadas palavras, a delação premiada é instituto jurídico a um só tempo ético quanto às finalidades penais e político-criminais, útil para o Estado na administração da justiça e estratégico nas coordenadas da defesa técnica.” (AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada deve ser opção dentro das coordenadas da defesa. Disponível em: <<https://consultor-juridico.jusbrasil.com.br>> Acesso em 20 mai. 2017)

56 “De outro lado, a delação antecipa o juízo ético-retributivo-preventivo próprio do direito punitivo. Ela implica a declaração antecipada – pelo Estado-Juiz – do cumprimento satisfatório da finalidade do magistério punitivo: prevenção especial de delitos pela reformulação do agente de sua hierarquia axiológica, com a penetração de sua personalidade pelos valores ético-jurídicos imperantes, cujo respeito e adesão são exigidos apenas no plano objetivo na vida em sociedade: demandar uma tal adesão e incondicional acatamento no plano subjetivo seria a recepção de uma intervenção autoritária do Estado no exercício do magistério punitivo. A retomada – repita-se: na perspectiva objetiva – do respeito aos valores fundamentais de convivência, o reconhecimento da prática da infração criminal, a busca de uma proveitosa e útil persecução penal, a diminuição do dano causado pelo crime e o resgate do bem jurídico, por outro lado, constituem índice da desnecessidade da pena criminal – ou necessidade em grau diferenciado – sob a ótica da prevenção geral e da prevenção especial de crimes.” (Ibidem)

Resta repisar que não importa qualquer arrependimento psíquico (remorso ou mágoa) para o bom funcionamento da colaboração. Tal seria mesmo, já se escreveu acima, de comprovabilidade praticamente impossível. Importa uma colaboração efetiva. Salienta-se também que todos os crimes até então praticados pelo colaborador foram insuprimivelmente realizados, e sua atual contraconduta não configura qualquer das hipóteses do código penal, artigos 15 e 16 (desistência voluntária e arrependimentos eficaz e posterior).⁵⁷ Ela ocorre no bojo de uma técnica de investigação, a colaboração premiada, que dispõe de incentivos (os “prêmios”) para haver a contraconduta.

2.2.3 Abissal dissonância entre contextos

O autor cuja obra crítica agora se analisa oferece um dos exemplos mais patentes de manejo de argumentação emotivista. Abusa-se de definições persuasivas, expressões emotivas e metáforas. Por exemplo, apoda-se a colaboração de “jogo” e inculca-se que ela “danificaria a ética” privando-a de emoções.⁵⁸ Pergunta-se o que deseja o crítico. Que se remova a racionalidade da ética? Que uma tomada de decisão seja enformada puramente por emoções? Em verdade, tratar-se-ia de uma falsa permuta. Os desejos (o que se quer) estipulam finalidades. A racionalidade é a capacidade de avaliar dificuldades e meios para satisfazer os

57 Estas hipóteses configuram espécies do chamado “arrependimento substantivo”. Sobre isso, encontra-se na doutrina que, “em substância, a conduta antagonística do agente deve direcionar-se ao resguardo, ainda que tardio, do interesse tutelado pela norma incriminadora: as tradicionais condutas de desistência e arrependimento denotam finalidade de salvaguarda, ainda que parcial, do mesmo objeto jurídico tutelado pela norma penal atingida.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada...**, p. 41) Do “arrependimento substantivo”, diferencia-se o “processual”, no qual se enquadra a colaboração premiada. “O aspecto de retorno à legalidade passa, da exigência de reintegração da ofensa típica, para o requisito da disponibilidade do arrependido a colaborar ativamente com a repressão penal, mediante contributo probatório destinado ao esclarecimento dos fatos ou à identificação dos envolvidos na atividade ilícita.” (Ibidem, p. 42) Note-se, portanto, que nem o arrependimento substantivo nem o processual confundem-se com arrependimento íntimo, remorso, mágoa etc.

58 “O fascínio desse jogo – simples, mas de implicações amplas – é que permite ele conduzir aos domínios matemáticos questões como castigo, vingança, culpa, perdão, traição, cooperação, isto é, propicia que a ética deixe de ser considerada como reação emocional e passe a ser uma postura racional. Do ponto de vista da vantagem individual, nesse jogo, a não-delação é a opção irracional e o dilema dos agentes reside no desconhecimento da conduta de seu co-imputado, restando ambos influenciados reciprocamente pelo silêncio ou delação do outro na dosimetria de suas penas (lançando-se a métrica da culpabilidade penal num tabuleiro de apostas matemáticas). Justificados, pois, os brados do corifeu do humanismo penal contemporâneo no Brasil, René Ariel Dotti, para quem o ‘processo penal não pode ser um jogo!’. Mas é. A dano da ética e da culpa penal, mas é.” (BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. **Boletim IBCCRIM**, vol. 13, n. 159, p. 4, fev. 2006, p. 4)

desejos.⁵⁹ Ela também identifica meios que podem causar emoções desagradáveis ao se tentar atingir determinada finalidade (e não seja esquecido: a racionalidade também identifica argumentos emotivistas). É por isso, por exemplo, que um sequestrador (código penal, artigo 159) pode optar por não delatar seu comparsa: para aquele que toma tal decisão seria talvez mais desagradável (mais penoso) receber um perdão judicial (lei 9.807/99, artigo 13, cabeça) enquanto seu comparsa é preso sem redução alguma da sanção (8 a 15 anos), do que ser condenado junto com ele a uma pena um tanto reduzida (por efeito das atenuantes genéricas da evitação do resultado agravador e da confissão, conforme código penal, artigo 65, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘d’ respectivamente).

Tendo em vista o resultado de uma delação efetiva, qual é o conseqüente “dano da ética e da culpa penal” que o autor apregoa? Seria a redução da punição para o colaborador? A identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa (lei 9.807/99, artigo 13, inciso I)? A localização da vítima com a sua integridade física preservada (inciso II)? Ou a recuperação total ou parcial do produto do crime (inciso III)? Ou, ainda, a devida punição de quem conduziu-se criminosamente até o último momento?

Uma vez não esclarecido o que seria o “dano da ética e da culpa penal”, são realizadas tentativas forçadas de aproximar condutas de personagens de relevo histórico (ou religioso⁶⁰), e sobre cuja maldade há relevante consenso, a fim de criticar a delação premiada.⁶¹ Nisso, tem-se um exemplo culminante de argumento emotivista. Tenta-se

59 MISES, Ludwig von. **Human action**: a treatise on economics. Ludwig von Mises Institute. Auburn, AL: 1998, p. 18, donde também extrai-se que “a ação humana é necessariamente sempre racional. O termo ‘ação racional’ é, portanto, pleonástico e tem de ser rejeitado como tal. Quando aplicados aos fins últimos da ação, os termos ‘racional’ e ‘irracional’ são inapropriados e sem sentido. O fim último da ação é sempre a satisfação de algum desejo do homem que age.” Traduziu-se do original: “*Human action is necessarily always rational. The term ‘rational action’ is therefore pleonastic and must be rejected as such. When applied to the ultimate ends of action, the terms rational and irrational are inappropriate and meaningless. The ultimate end of action is always the satisfaction of some desires of the acting man.*”

60 Como tentativa de invalidar especificamente a colaboração premiada para imputados cautelarmente presos, pode-se encontrar a associação dessa hipótese com um “sistema de punição antecipada” que já seria “utilizada [sic] desde a época de Jesus Cristo”; com “o procedimento utilizado pelo centurião com São Paulo, que antes de dar-lhe a chance de defender-se, mandou que o acorrentassem, passando a castiga-lo [sic]”; e com o que “fez Pôncio Pilatos com Jesus Cristo, que mesmo sabendo que já se encontrava extenuado pela fome e exausto pela falta de sono, e mesmo não se convencendo das acusações dardejadas contra ele pelo Sinédrio, lavou suas mãos e devolveu-o aos soldados para que Herodes, então Governador da província da Galiléia, o julgasse definitivamente.” (ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. **A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 356) Sobre a possibilidade de colaboração premiada de imputados cautelarmente presos, ver, adiante, item **4.8.3**.

61 “A traição, no entanto, preexiste à teoria dos jogos proposta por **Nasch**. No *Gênesis* o réu Caim não confessa seu crime. No *Novo Testamento*, porém, Judas Iscariotes, discípulo dissidente, perquire ao chefe dos sacerdotes qual o prêmio pela traição ao Cristo. Nas *Ordenações Filipinas*, estatuto penal de maior longevidade na história do Direito pátrio, aos proprietários dos imóveis onde se cunhasse moeda falsa impunha-se a perda do prédio, ‘salvo se tanto que do dito malefício por sabedor, o descobrir a nós ou a

aproximar a delação premiada – enquanto técnica de investigação já assente em países que apresentam um estado de direito, os quais, portanto, têm de assegurar a eficácia da persecução penal –, às atividades de “identificar e exterminar os indesejáveis à raça ariana” e do czar vermelho, Josef Stalin, um dos líderes do regime mais totalitário que a história registra.⁶²

Adiante, o autor acede à ilação⁶³, atualmente já rebatida em acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal⁶⁴, de que a colaboração premiada possa servir como moeda de troca para revogar uma prisão preventiva⁶⁵, em desconsideração aos requisitos do código de processo penal, artigo 312.⁶⁶ Com efeito, “o STF reconheceu que a liberdade que deve ter o colaborador é psíquica, e não de locomoção”⁶⁷. Se assim não fosse, seria necessário revogar a prisão do investigado ou acusado para que ele pudesse colaborar. No entanto, em estando preso por motivos cautelares, ele não seria solto, o que acarretaria ter sua escolha de colaborar tolhida. Por outro lado, se a lei dispusesse que, uma vez indicada alguma vontade de colaborar, fosse obrigatória a revogação da prisão cautelar (à revelia de sua necessidade

nossa Justiça, porque nesse caso não perderá sua casa ou propriedade’. Uma correção histórica: Joaquim Silvério dos Reis não foi, rigorosamente, um traidor, pois apenas cumpriu com eficiência seu dever de policial infiltrado no movimento inconfidente. A delação, na história recente do mundo, pontificou como exímio modo de investigação do Estado. Hitler dela se valia como meio mais célere para identificar e exterminar os indesejáveis à raça ariana, recebendo milhares de delações ao dia. Stalin não olvidou de empregá-la para imposição de seu regime de ferro por toda a Mãe Rússia. Joseph MacCarthy usou e abusou em larga medida da alcagüetagem em sua quixotesca cruzada anticomunista.” (BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado..., p. 4, destaques originais)

62 Pode-se encontrar também menção ao uso da colaboração premiada na “China Ditatorial” e na “Alemanha Hitlerista”, com “pais entregando filhos; esposas delatando maridos; netos ‘dedurando’ avós”, em PAULO JUNIOR, José Marinho. A natureza jurídica precariíssima da informação obtida através da delação premiada à luz do direito probatório no estado democrático..., p. 156.

63 “[...] constata-se metodologia de apuração calcada sobre um tripé previsível: interceptação telefônica inicial, por prazo indefinido, objetivando a coleta de indícios que motivarão o decreto de uma prisão cautelar que, a sua vez, será empregada como instrumento de coação sobre o imputado, instado sem recatos pelos investigadores e acusadores a confessar e delatar, tendo a própria liberdade como objeto de vergonhosa e desigual barganha. Ao estabelecer a delação como condição para cessação da privação da liberdade do preso, pratica o Estado inédita modalidade de extorsão da prova mediante seqüestro do investigado, sob a complacência do Poder Judiciário. Preço do ‘resgate’ pode ser, além da confissão, também a apresentação de outras provas materiais ou documentais, negociáveis entre um indigitado de garantias acanhadas e um Estado de poderes dilatados e sem freios éticos.” (BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado..., p. 5)

64 STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016.

65 Na mesma linha, pode-se encontrar referência ao que se denominou “artimanha de encarcerar os indiciados para coagi-los a delatar os demais que permaneciam desconhecidos” (SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson. A “troca de favores” entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). Delação premiada. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 26).

66 Ver, adiante, item 4.8.3.

67 FISCHER, Douglas. Apresentação da 3ª edição..., p. 13.

concreta) para que eventual acordo pudesse ser negociado, isso sim resultaria na possibilidade de a prisão cautelar vir a ser tratada como mera “moeda de troca”, pois o interessado poderia levemente sinalizar vontade de colaborar apenas para livrar-se da prisão⁶⁸, restando menosprezados os fundamentos concretos de tal medida assecuratória (código de processo penal, artigo 312).⁶⁹

Portanto, assim como a revogação da prisão cautelar não pode guardar vínculo direto com a mera sinalização de vontade de colaborar ou o andamento de tratativas de acordo, mas apenas vínculo com a proposta de pena (código de processo penal, artigo 313, inciso I) e as condições de seu cumprimento acordadas entre as partes, também não se pode vincular o exercício do direito de colaborar do cidadão com uma revogação de eventual prisão cautelar (que, repisa-se, é justificada por outros motivos⁷⁰). Entretanto, passando bem longe de tal aprofundamento na questão, o autor meramente tenta desqualificar a colaboração premiada levantando suspeita de que ela seria simples meio para substituir a atividade dos

68 Com efeito, já se asseverou que “a proibição legal de que o réu preso preventivamente possa colaborar com a justiça” seria, quanto à colaboração premiada, “uma pá de cal no instituto” (CAVALLI, Marcelo Costenaro. **Duas faces da colaboração premiada**..., p. 257, nota de rodapé n. 3)

69 Não obstante, a despeito da cautelaridade fulcrada nos requisitos do código de processo penal, artigo 312, é comum encontrar na doutrina críticas no sentido de ser “exatamente essa a função da prisão preventiva: fazer com que o acusado sofra antecipadamente as consequências do crime que se lhe imputa para, desesperado e com a capacidade psicológica de autodeterminação em frangalhos, se renda a uma sedutora proposta estatal de celebração de um acordo” (ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. **A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos**..., p. 360). Também sói tomar-se como exemplo concreto, na tentativa de demonstração de pervasiva coerção para a celebração de acordos, a opinião – salvo melhor juízo, isolada – do procurador da república Manoel Pastana, que considera possível subsumir ao requisito “conveniência da instrução criminal” a prisão cautelar como meio de pressionar o imputado a colaborar (ibidem, p. 357). Com isso, quer-se fundamentar que “com o passar do tempo e o incremento do anseio social pela punição, os atores jurídicos perderam suas amarras, passando a defender publicamente a utilização deste mecanismo.” (Ibidem) Não obstante, além de tal posição não ter amparo jurisprudencial (ver, adiante, item 4.8.3), se forem tomados, por exemplo, os números de março de 2018 do paradigmático caso Lava Jato, tem-se que, dos 187 acordos formalizados, “84% foram firmados com investigados em liberdade e 16% com investigados presos” (MARTINS, Jomar. Para força-tarefa, maior ameaça à “lava jato” é o fim da prisão antecipada. **Consultor Jurídico**, 17 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>> Acesso em: 30 out. 2018). Ora, se realmente a justiça brasileira estivesse manejando a prisão preventiva para forçar acordos de colaboração, esses números estariam invertidos (84% de acordos com imputados presos) ou próximos disso. Via de regra, conforme exposto, análises objetivas fulcradas em números tendem a derreter argumentações emotivistas.

70 Adiante, no item 4.8.3, retoma-se essa questão.

investigadores⁷¹, como se ela resultasse em menos trabalho para eles⁷² e não fosse, em verdade, essencial para ensejar persecuções penais que, sem as técnicas especiais de investigação, poderiam nem sequer ter início.⁷³

A seguir, o autor tenta aproximar uma pena de morte na fogueira, oriunda de um suposto processo inquisitório medieval, à possibilidade de um criminoso delatar.⁷⁴ Atenção às expressões: “atado a ferros”, “metido num macacão de cor berrante”, “herege a caminho da fogueira medieval”, “trevas”, “barbárie”, “sacrifício”.⁷⁵ Eles abundam em simbolismo enquanto carecem de análise da realidade e de critérios para aperfeiçoar a colaboração premiada. É um apelo exclusivo à emocionalidade do interlocutor, nada mais.

Até matizes da filosofia de Kant são manejados em meio à retórica emotivista. Da mesma forma que Alexy alertou tomando como exemplo a palavra “democracia”⁷⁶, adverte-se agora sobre a menção ao imperativo kantiano que prescreve ao indivíduo, na realização de sua conduta, considerar as pessoas sempre como um fim em si mesmas, nunca unicamente como

71 “[...] transigir, como tem feito a legislação pátria, com um Estado inerte que prefira nutrir, ou suprir, seu dever de investigação e acusação pela obsessiva busca da confissão do próprio autor do crime, eleito fornecedor preferencial de informações muitas vezes já disponíveis (mas desprezadas) pelos mecanismos de repressão oficiais (v.g., nos crimes de lavagem de dinheiro).” (BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado..., p. 5)

72 Apresentando a mesma retórica: GONÇALVES, Carlos Eduardo. **A delação premiada como fundamento de prisão preventiva...**, p. 112.

73 “Socorrer-se o país de leis que admitem e regulam a colaboração premiada, ao contrário de revelar ineficiência investigativa, aponta para a modernização das suas técnicas de investigação. Não se trata, portanto, de uma confissão de incompetência, mas simplesmente da admissão de que os crimes complexos como os praticados pela criminalidade organizada não conseguem ser esclarecidos pelos meios probatórios tradicionais.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 97) Também já se reconhece a incontornável necessidade de “interceptação telefônica, ação controlada, a infiltração policial e a colaboração premiada [...] *[já que]* sem esses instrumentos não há como alcançar as pessoas por detrás de formas graves de criminalidade, e a persecução penal seguirá recaindo apenas sobre os autores diretos, que são facilmente substituíveis, e cujo encarceramento tem, portanto, parco efeito sobre a prática criminosa.” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Prefácio à 3ª edição..., p. 19)

74 “A verdade é que a voz ética reduz-se a mera rouquidão da consciência quando ao investigado atado a ferros e metido num macacão de cor berrante apontam os agentes da lei apenas dois caminhos possíveis: o do cárcere ou o da delação. Tudo sob o estrépito da mídia moderna que, hoje, se substitui ao cortejo da ensandecida choldra que trotava aos calcanhares do herege a caminho da fogueira medieval. Um contraponto. Outrora, em tempos sombrios, os holofotes da imprensa iluminavam as trevas e nos davam a saber a barbárie que em nosso País grassava. Hoje, tristemente, essas mesmas luzes, apenas mais potentes, não raro ofuscam idênticos direitos cujo sacrifício no passado buscavam ao mundo denunciar.” (BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado..., p. 6)

75 Também encontra-se, mesmo em obra recente, inserido em análises juridicamente objetivas (conforme já antecipado) o seguinte. “Como ocorria séculos atrás, a fogueira da inquisição continua acesa, só tendo sido trocado quem exerce o papel de inquisidor!” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?** In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 143)

76 Ver nota de rodapé n. 8.

mero meio. O significado emotivo dessa prescrição, patentemente positivo, é ligado à concepção política do autor, sem se aprofundar a discussão, apenas para influenciar o interlocutor. Em mesma direção, mas para outro sentido, empregam-se locuções com significado emotivo potencialmente negativo (“categoria de odiados”, “canalizar sua hostilidade”, “desconstrutivismo ético”, “hegemonia da fé cristã”) para macular a colaboração premiada.⁷⁷

A retórica esboçada é, sem dúvida, algo requintada, vez que aventa a “indeterminação semântica dos textos legislativos” e de princípios constitucionais expressos para insinuar (nada mais do que isso) que a colaboração premiada violaria o ordenamento, enquanto que, ao ser racionalmente analisada, conclui-se exatamente o oposto: ela concretiza a proibição de proteção insuficiente⁷⁸ ao ensejar a superação da crise de investigação. Nessa esteira, o autor encerra seu texto escancarando de vez a argumentação emotivista ao moldar

77 “Parece que, de tempos em tempos, as civilizações elegem uma categoria de odiados para contra ela canalizar sua hostilidade, com negação às penosas conquistas tendentes ao respeito do ser humano como fim, e não meio, de todas as elaborações da humanidade. Imperativos da hegemonia da fé cristã, necessidade de sobrevivência do capitalismo, exigências da segurança do Estado, imposições da segurança urbana, etc., etc., sempre um objeto ideal proposto, cambiante no tempo e no espaço, que suplanta, ou pelo menos desloca, para sua conquista, a paisagem axiológica reinante. Esse desconstrutivismo ético ingressa no mundo do dever-ser pela via ou da reelaboração legislativa ou, pior, pela indevida superação hermenêutica aos comandos normativos vigentes. Essa negação torna-se menos visível, por isso mais tolerada, se considerada a volatilidade exegética dos princípios (sobretudo os constitucionais) e a indeterminação semântica dos textos legislativos, cuja intelecção resta prejudicada diante da vagueza e ambigüidade de expressões como, por exemplo, ‘dignidade da pessoa humana’ e ‘devido processo legal’.” (BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado..., p. 6)

78 Nesta oportunidade cabe mencionar brevemente que, “na atual dogmática constitucional, os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função *negativa* de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja da proibição de excesso (*Übermaßverbot*), passaram a desempenhar também o papel de mandamentos de proteção (*Schutzgebote*) ao legislador, na chamada proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzpflichten*), na terminologia mais aceita, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzpflichten*), expressão que dá ênfase ao direito do cidadão, e não ao dever do Estado. [...] Com isso, os direitos fundamentais passam a ostentar uma função complementar, de assegurar a proteção dos bens jurídicos de direito fundamental contra agressões de terceiros não estatais, por meio da tomada de medidas legislativas e operacionais, em casos nos quais a omissão do legislador tem praticamente a mesma qualidade de uma intervenção indevida.” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**..., p. 52 a 54)

narrativa⁷⁹ com pesada carga emocional e tentar vinculá-la à colaboração premiada, mesmo que se trate de diferentes momentos históricos, ordenamentos jurídicos, conteúdos da delação, personagens, enfim, todo o contexto.

2.2.4 O problema seria o “fascismo neoliberal”

A crítica ora analisada inicia com a tentativa de colocar um paradigma de política econômica como fonte da técnica investigativa da colaboração premiada.⁸⁰ Dessa forma, o autor tenta reduzir a crise investigativa a uma consequência de um modelo político-econômico que, em verdade, não existe e nunca existiu no Brasil, país que nasceu patrimonialista (quase tudo pertencia à Coroa) e, mais de quinhentos anos depois, ainda apresenta um aparato burocrático inchado, intervencionista e pouco eficiente.⁸¹ Além disso, quando se lembra que a colaboração premiada é instituto pervasivo nos países mais liberais, que prezariam pela ideia de um “estado mínimo”, além de serem referenciais de democracia para o mundo e oferecerem uma segurança pública muito melhor do que a brasileira⁸², a pretensa crítica deixa de ser apenas vazia e arrisca-se mesmo a parecer excêntrica.

79 “Num pequeno distrito a oeste de Moscou construiu-se um parque e, no centro dele, erigiu-se a estátua de um menino a empunhar uma flâmula. Esse garoto homenageado tem nome e história. Trata-se de Pavlik Morozov que, na era stalinista, foi aclamado herói nacional por ter delatado à temida polícia secreta russa o próprio pai, autor de horrendo crime: dos campos que cultivava sonegara alguns cereais à expropriação do Estado para entregá-los à saciedade da família. O pai delatado foi preso e o filho delator foi morto pelos próprios parentes. A questão jurídica ora posta é, pois, de substrato eminentemente ético porque implica em responder se assumimos o risco de apregoar a cultura que permitiu ao pequeno Morozov perder o pai e a vida para ganhar uma estátua.” (BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado..., p. 6)

80 “A causa da delação premiada no Brasil de hoje é banal e remete ao processo e ao Judiciário como um todo. Isso parece evidente num país que se enveredou pelo neoliberalismo, ‘minimalizou’ o Estado e não disponibiliza condições efetivas de atuação aos seus órgãos.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **Boletim IBCCRIM**, vol. 13. n. 159, p. 7, fev. 2006, p. 7)

81 “A pontuação de liberdade econômica do Brasil é 51.4, o que torna sua economia a 153ª mais livre do mundo no Índice de 2018. A pontuação geral do país caiu 1.5 ponto, causada por uma queda acentuada na saúde fiscal e reduções em liberdade trabalhista, liberdade de negócios, gasto público e integridade do governo, que superaram as melhorias em efetividade judicial e direitos de propriedade. O Brasil está na 27ª colocação entre 32 países na região das Américas, e sua pontuação geral fica abaixo das médias regional e mundial.” (Índice de Liberdade Econômica 2018, **Gazeta do Povo**. Disponível em: <<https://especiais.gazetadopovo.com.br>> Acesso em: 18 nov. 2018)

82 Tome-se, por exemplo, os Estados Unidos da América, ou a Suíça, país este que apresenta, ao mesmo tempo, um estado muito enxuto e um dos mais intensos manejos de *plea bargaining* no mundo (mais dados em: BONDOLFI, Sibila. Grandes inquisidores? **SWI swissinfo.ch**, 4 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.swissinfo.ch>> Acesso em: 18 nov. 2018). Adiante, no tópico 3.1, abordam-se o *plea bargaining* e suas distinções face à colaboração premiada.

Nessa mesma linha de confusão entre crise de investigação e sistemas político-econômicos, percebe-se uma tentativa de conectar crise e normalidade investigativa, respectivamente, com investigações desconforme e conforme a ordem constitucional.⁸³ Todavia, a crise investigativa é uma circunstância fática, uma situação empírica independente de qualquer ordem normativa, que se caracteriza pela dificuldade, e às vezes impossibilidade, de investigar determinados crimes. Por outro lado, tanto os meios convencionais como os especiais, mais recentes, de investigação podem manter-se dentro da moldura normativa ou rompê-la. Não há vinculação alguma entre as novéis técnicas investigativas e afronta ao ordenamento, como quer sugerir a crítica. Portanto, não é à toa que nada é explicado sobre o que o autor quer dizer com “padrões normais”: se tentasse aprofundar nessas águas, poderia revelar o quão rasas elas são.

Em trecho seguinte, para além da confusão entre os planos fático e deontico, a tentativa de influência emocional (mais precisamente, instigação de medo) fica patente.⁸⁴ Com efeito, há um ténue, mas perceptível, tom de ameaça: se se tentar aplicar a colaboração premiada no Brasil como se ousou fazer na Itália, vidas serão ceifadas.⁸⁵ O crítico não realça a importância da concretização das normas que visam proteger os colaboradores e seus

83 “Assim, ela (a crise) parece sintomática da falta de estrutura condizente, capaz de proporcionar uma correta investigação, ou seja, aquela desenvolvida dentro dos *padrões normais*, isto é, aqueles fixados a partir dos princípios que instauraram a modernidade e estão agora estampados na Constituição da República.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada..., p. 7, destaques originais)

84 “Em relação à Máfia, contudo, não só não se conseguiu um resultado satisfatório (sabe-se que nunca ela foi tão forte como agora, mesmo porque tais atividades a levaram para mais próximo da política e dos políticos), como levou ao sacrifício das vidas de dezenas de parentes – totalmente inocentes – dos chamados *petiti*. Há, em definitivo, em qualquer hipótese, um preço a pagar; e nele se deve pensar, com seriedade.” (Ibidem)

85 “O Brasil, metido numa estrutura neoliberal [*afirmação surreal, em vista do estado centralizador e da violenta carga tributária do Brasil – ver nota de rodapé n. 81*], com um Estado ‘minimalizado’ [*se se tiver como modelo ideal a União Soviética, talvez o seja*] e uma Polícia sem condições de atuar, em vez de trabalhar suas dificuldades de investigação, tenta resolver o problema criando dificuldades para quem ainda – pelo menos por isso – não as tem. É aqui que se coloca a questão da investigação preliminar pelo Ministério Público (e seria o mesmo em relação à Magistratura) e, de plano, pode-se concluir em duas direções: primeira, que há flagrante inconstitucionalidade, diante das disposições expressas e, diga-se de passagem, nunca discutidas (jamais se cogitou tal hipótese e todo mundo sabe disso, inclusive por conta do acordo que se fez durante a Constituinte), dado não se colocar em dúvida o princípio da legalidade como regente dos atos administrativos; segunda, que o Estado, na situação em que se encontra, não vai fornecer os meios adequados ao Ministério Público para desenvolver seu mister, principalmente se mantida a estrutura do CPP e, assim, tende-se a produzir vítimas.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada..., p. 7)

próximos (ver, por exemplo, a lei 9.807/99⁸⁶ e a própria 12.850/13⁸⁷), apenas tenta incutir medo. Não se consegue precisar quem seriam as “vítimas” nem qual crime sofreriam. Afora isso, a questão da possibilidade de o ministério público investigar casos criminais, tantas vezes alçada ao Supremo Tribunal Federal e tantas vezes decidida com a afirmação dessa possibilidade, não se presta mais a infirmar persecução penal alguma, mormente em face da última decisão paradigmática sobre o tema, no sentido de ratificar sua constitucionalidade.⁸⁸ Some-se a isso a rejeição, amparada por grande pressão popular, ocorrida em 2013 na Câmara dos Deputados, da PEC 37/2011, que visava limitar os poderes de investigação do ministério público.⁸⁹

Voltando ao texto crítico, após estabelecer suas premissas no sentido de que o capitalismo está minguando o estado brasileiro, o autor retoma o foco sobre a colaboração premiada na sua modalidade delação.⁹⁰ Nisso, percebe-se que há insistência em fundamentar a

86 “Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. § 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.”

87 “Art. 5º São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.”

88 “Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: ‘O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição’.” (STF, RE 593.727, Tribunal Pleno, relator: Cezar Peluso, relator para o acórdão: Gilmar Mendes, maioria, j. 14/5/2015, publ. 8/9/2015)

89 PASSARINHO, Nathalia; COSTA, Fabiano. Câmara derruba PEC que tentava limitar o poder de investigação do MP. **G1, em Brasília**, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com>> Acesso em: 20 set. 2017.

90 “O importante, porém, ao se pensar nisso, é perguntar se é, efetivamente, conveniente se admitir a delação premiada. Enquanto obtenção de meios de prova, ela é uma modalidade que pode ter uma estrutura *eficiente*, para usar a linguagem neoliberal.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada..., p. 8, destaque original)

crítica em um modelo político-econômico que não existe no país.⁹¹ Pelo menos, está corretamente conectada ao liberalismo a ideia de eficiência. O problema é imaginar que eficiência nada tem a ver com a constituição ou mesmo com a conformidade para com o direito. Em verdade, a concretização de qualquer princípio constitucional exige eficiência no funcionamento do estado. Não bastasse isso, a eficiência, no texto da constituição da república, está entre os cinco princípios expressos que regem a administração pública⁹², além de pautar expressamente o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública.⁹³ Poder-se-ia, portanto, falar contrariamente a ela no âmbito da persecução penal?

Não demora muito para o autor adentrar com intensidade a seara da argumentação emotivista. Para tanto, as palavras de significado positivo escolhidas são “confiança”, “amor”, “sociedades democráticas”.⁹⁴ São empregadas para, pasme-se, criticar uma técnica de investigação cuja finalidade é exatamente superar a crise investigativa e expungir a insuficiência na proteção de direitos fundamentais por meio do direito penal.

Com relação à tutela da confiança, há um *tradeoff*⁹⁵ a ser enfrentado, e que parece muito simples de se resolver. Ou tutela-se a confiança das pessoas na proteção estatal aos direitos fundamentais, o que pressupõe investigações eficazes e baixa impunidade; ou

91 E talvez possa também parecer que, neste estudo, haja um esforço especial para focalizar cada oportunidade em que isso ocorre e rebater. Mas não é o caso. Trata-se de renitência do autor mesmo: as locuções “estado liberal” ou “estado mínimo” ou derivados aparecem seis vezes no pequeno texto, que tem três páginas. Esta análise foca primariamente as críticas à delação premiada, mas é alta a probabilidade de elas aparecerem casadas com as locuções mencionadas.

92 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

93 “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”

94 “É o princípio da confiança, como se sabe, que faz os cidadãos irem desarmados às ruas; as mulheres se produzirem e saírem sós sem sentirem medo de serem violentadas; os motoristas passarem com aparente segurança no sinal verde, e assim por diante. Veja-se, então, como a vida é gerida pela confiança, que está na estrutura das relações, inclusive aquelas onde o vínculo é fundado no amor. Todos, assim, são exemplos que remetem à crença. Sociedades democráticas, deste modo, estruturam-se apenas porque há confiança, na qual se investe.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada..., p. 8)

95 Enfrentar um *tradeoff* – conceito essencial e pervasivo da economia – é basicamente ter de escolher atingir determinado objetivo enquanto pressuposta, na tomada de decisão, a exclusão de outro. “O *tradeoff* clássico é entre ‘armas e manteiga’. Quanto mais uma sociedade gasta em defesa nacional (armas) para proteger suas fronteiras de agressores estrangeiros, menos ela consegue gastar com bens de consumo (manteiga) para elevar o padrão de vida interno.” Traduziu-se do original: “*The classic trade-off is between ‘guns and butter.’ The more a society spends on national defense (guns) to protect its shores from foreign aggressors, the less it can spend on consumer goods (butter) to raise the standard of living at home.*” (MANKIWI, Gregory N. **Principles of microeconomics**. 5ª ed. Mason, OH: Cengage Learning, 2008, p. 4)

tutelam-se a confiança e a fidelidade que há entre os criminosos e suas organizações.⁹⁶ Independentemente da resposta do autor a essa questão, quer parecer que a constituição determina o atendimento à primeira. Mas se engana quem pensa que já se chegou ao cume do emotivismo. Prossegue o crítico a uma jogada retórica, já esboçada acima, bem comum e popular. Primeiro cria-se um terreno para a crítica que seguirá, ressaltando-se a importância da confiança para a manutenção da sociedade. Logo depois, menciona-se uma alegoria famigerada em que o vilão do enredo perfaz o papel de traidor; o herói, o de traído.⁹⁷

Já se sente certo enfado, mas deve-se continuar a análise. Da seara de personagens bíblicos, passa-se aos históricos. Claro, sempre tentando-se aproximar figuras carimbadas como execráveis ao objeto criticado. Mesmo que, deontologicamente, não haja vínculo algum. Preliminarmente, salienta-se que o crítico esquece as disposições constitucionais que enformam o processo brasileiro e, remetendo-se a dados históricos com mais de meio século, tenta afirmar que no Brasil o princípio inquisitório suplanta o acusatório no sistema processual penal, porque Frederico Marques teria compulsado obra de advogado de Benito Mussolini.⁹⁸ É fácil notar a intenção dessa digressão expositiva: preparar mais uma camada no

96 Nessa esteira, reconhece-se abertamente que a colaboração premiada enseja “a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 522) Nisso pode-se constatar seu potencial de prevenção de delitos (no mesmo sentido: BITTAR, Walter Barbosa. **Direito premial, teorias da pena e a delação premiada**. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 852. MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática**, p. 6. Disponível em: <<http://www.academia.edu>> Acesso em: 4 out. 2018. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. El coimputado que colabora con la justicia penal: con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, n. 7-5, 2005, p. 5:15 e 5:17). “De fato, para ampliar o custo esperado do crime, atuando sobre a probabilidade de que a infração penal seja identificada e seu autor punido, podem-se criar incentivos para que determinados criminosos cooperem com a acusação relatando fatos e autoria de crimes em troca de benefícios.” (BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos formados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 122, p. 359, set.-out. 2016, p. 373)

97 “Até que ponto, porém, é possível suportar a quebra da confiança? Tal questão remete ao papel fundamental que Judas, traidor de Jesus, teve no imaginário coletivo. Ele, ao que se tem conhecimento, não delatou um bandido, mas o gênio que passou a vida dizendo às pessoas que deviam se amar; que o amor era o fundamento epistêmico. Mesmo assim eles o meteram na cruz pela delação (por trinta moedas) do traidor.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada...*, p. 8)

98 “Mas é preciso perceber – ao contrário do pensamento que impera, no Brasil, a partir de São Paulo e que leva a marca registrada dos *Elementos de Direito Processual Penal* do professor **José Frederico Marques** – que o sistema processual penal brasileiro não é acusatório. Não é o caso de se discutir, aqui, sobre sistema, princípio e seus conceitos, que é como se deve tratar o tema. São pertinentes, porém, algumas referências. **Frederico Marques** foi, de fato, um grande democrata e, quem sabe, o maior processualista penal que o País teve na sua história, porque leva o grande mérito de ter dado cientificidade ao Direito Processual Penal. Ele, contudo, utilizou, nesta matéria, a pior das fontes, que era Vincenzo Manzini, advogado de Mussolini e que

terreno, dessa vez com “fascismo” e “Mussolini”, para plantar uma crítica a ser posteriormente desferida contra o uso da colaboração premiada, mesmo que esta seja pervasiva nos países de Kennedy e Reagan e de Churchill e Thatcher. Antes o problema era o liberalismo. Agora será o fascismo, que, em verdade, ao lado do comunismo, é antípoda daquele. O discurso emotivista é esboçado numa tela de contradição.

Por outro lado, felizmente, não se discorda de todo o texto analisado. Há pertinente crítica contra a possibilidade de indevida intervenção judicial nos termos do acordo.⁹⁹ Por honestidade, ressalta-se que o autor a exarou quando ainda não havia a lei 12.850/13 nem o precedente HC 127.483 do Supremo Tribunal Federal. A atual disciplina jurisprudencial, parte dela oriunda do próprio Supremo, deixa claro não poder o juiz agir inventivamente quanto às cláusulas do acordo, mas apenas negar homologação a trechos que violam o ordenamento jurídico.¹⁰⁰ Afinal, por óbvio, os impulsores da investigação são a polícia e o ministério público, não o poder judiciário.

Não obstante, dessa ressalva não se pode depreender uma idônea crítica à colaboração premiada, mas apenas contra um uso mal regrado dela. O autor não escolhe trilhar o caminho de sugerir aperfeiçoamentos à técnica investigativa, mas o de taxar a

manipulou o discurso sobre a estrutura sistêmica do processo penal italiano para criar – naquilo que tinha vindo do Código de Napoleão de 1808 e que entrou em vigor em 1º.01.1811 – um híbrido (inquisitório-acusatório), no qual a marca da acusatoriedade era um nada, tudo com o objetivo de dar um verniz de democracia ao *processo mussoliniano* do *Codice Rocco*. Em suma, eles superaram o *Codice Zanardelli*, de 1913 e, portanto, mudaram de código rapidamente, porque tinham interesse em ter uma estrutura compatível com o fascismo; e assim foi. A democracia processual é, mesmo, só um verniz retórico, o que pode ser testemunhado por judeus, como **Primo Levi**, e políticos de esquerda como **Gramsci**. O nosso código, por sua vez, é cópia justamente daquela estrutura do *Codice Rocco* e, pronto, tornou-se o processo penal brasileiro herdeiro do equívoco veiculado por ele.” (Ibidem, p. 9, destaques originais)

99 “[...] leva-se ao juiz o termo e ele, se entender, altera-o, dispondo sobre o seu conteúdo, como se MP e réu não tivessem importância ou fossem tão-só os estafetas do acordo. Isso quando o juiz não despreza os próprios órgãos do MP para dizer o que interessa – prática em que o País se tem tornado *expert*, infelizmente –, algo que aponta na direção de atos (processuais?) eminentemente impulsionados e conduzidos pelo juiz, o que faz pensar. Afinal, pode não haver acusação efetiva alguma, mas haveria de ter processo, como se pode medir pelo resultado alcançado. Por aí, porém, demonstra-se o ‘lugar’ ocupado pelo juiz, de regência, dentro do sistema (ele comanda a gestão da prova, determinante ao acerto do *caso penal*), o que evidencia uma estrutura eminentemente inquisitória.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada..., p. 9, destaques originais)

1000 tema, de suma importância, é retomado adiante, em diferentes enfoques, nos itens 4.7.1 e 4.9.1.

delação como inconstitucional, pois violaria o devido processo legal excluindo o processo.¹⁰¹ Numa olhada superficial, pode parecer que a crítica exarada se sustenta. Isso não ocorre num exame mais detido.

Com efeito, a locução “devido processo legal” deve ser entendida como positivadora do dever de observância ao procedimento de acordo com a ordem jurídica.¹⁰² Esse procedimento estava parcamente disciplinado durante a vigência da lei 9.034/95, pois esta basicamente positivava hipótese de cabimento da colaboração, tendo de ser o procedimento delimitado precipuamente pela atividade judicial, com lastro na doutrina e, sempre, dentro da moldura constitucional, conforme ocorreu. Logo, não se pode concluir da constituição da república, artigo 5º, inciso LIV, a vedação à colaboração premiada. Além disso, a lei 12.850/13 bem superou o laconismo legislativo, colocando limites mais precisos ao procedimento da colaboração. Logo, há maior facilidade de aferir se o procedimento está de acordo com a ordem jurídica.

Por outro lado, ao contrário do que quer sugerir o crítico, a colaboração não visa violentar a liberdade e o patrimônio do colaborador extirpando o processo. Com efeito, afora

101“Portanto, antes de tudo, é preciso mudar o sistema. Em segundo lugar – e sem opção, diante da Constituição – é indubitosa a inconstitucionalidade da delação premiada. E assim o é porque há um ferimento inadmissível à regra do devido processo legal. Há, nas modalidades praticadas, pena sem processo, de todo inadmissível. Basta ver que para se possa homologar o acordo é preciso que haja processo (só dele pode advir pena), o que só se admite depois de oportunizado o contraditório. O processo, porém, como se sabe, é justamente aquilo em que (no *iter* de formação de um ato, como queria Fazzalari), como procedimento, recebe efetivo contraditório. Na delação premiada, sem embargo de tudo, não há processo porque não há contraditório; e aí também reside a inconstitucionalidade.” (Ibidem)

102“Procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a geração de um resultado. Se o resultado for gerado em conformidade às regras e/ou observância aos princípios, ele é, sob o aspecto procedimental, caracterizado positivamente. Se o resultado não for gerado dessa maneira, ele é, sob o aspecto procedimental, falho, e, portanto, é caracterizado negativamente. Esse conceito amplo de procedimento abrange tudo que se enquadra na fórmula ‘realização e proteção dos direitos fundamentais via organização e procedimento’. Desse modo, as normas do direito contratual e do direito processual, em que pese às diferenças óbvias, igualmente delimitam procedimentos: as primeiras estabelecem como pode ser gerada uma obrigação contratual; as últimas, uma sentença. [...] O direito ao [devido] processo sob a forma de direito à proteção jurídica efetiva é, nesse caso, da atribuição do poder judiciário. Diferentemente, por serem direitos a normatizações, direitos processuais, os quais têm como objeto normas processuais, são da atribuição do legislador.” Traduziu-se do original: “*Verfahren sind Systeme von Regeln und/oder Prinzipien zur Erzeugung eines Ergebnisses. Wird das Ergebnis unter Einhaltung der Regeln und/oder Beachtung der Prinzipien erzielt, wird es unter Einhaltung der Regeln und/oder Beachtung der Prinzipien erzeugt, so ist es unter prozeduralem Aspekt fehlerhaft und deshalb auf eine negative Weise ausgezeichnet. Dieser weite Begriff des Verfahrens erfaßt alles, was unter die Formel „Grundrechtsverwirklichung und -sicherung durch Organisation und Verfahren“ fällt. So definieren nach ihm trotz augenfälliger Unterschiede die Normen des Vertrags- und des Prozeßrechts gleichermaßen Verfahren: Erstere legen fest, wie eine vertragliche Verpflichtung, letztere, wie ein Urteil erzeugt werden kann.*” (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Sinzheim, BW: Suhrkamp, 1994, p. 431) “*Das Recht auf Verfahren in Gestalt des Rechts auf effektiven Rechtsschutz ist in diesem Falle an die Gerichte adressiert. Rechte auf Verfahren, die die Statuierung von Verfahrensnormen zum Gegenstand haben, sind als Rechte auf Normsetzung demgegenüber an den Gesetzgeber adressiert.*” (Ibidem, p. 432)

a não denúncia – a qual, repisa-se, também não prescinde de homologação judicial e está condicionada à efetividade da contraconduta¹⁰³ –, qualquer outro benefício só será perenizado no bojo de um processo. Além disso, deve-se lembrar sempre que só há colaboração quando as tratativas encontram amparo na vontade do pretense colaborador.¹⁰⁴ E essa vontade existe porque, sendo um indivíduo racional e assessorado por defesa técnica¹⁰⁵, ele escolhe colaborar por certamente já antever que ser-lhe-á mais vantajoso (haverá menor impacto, ou ao menos menor risco, a sua liberdade e patrimônio) colaborar com a justiça em troca de uma pena mitigada – ou mesmo uma ausência de pena.¹⁰⁶ Portanto, arrancar essa possibilidade do imputado, forçando-o a enfrentar, mesmo contra sua vontade, um contraditório por vezes sabidamente inútil quanto ao resultado do processo face à robustez probatória no sentido da condenação, isso sim seria tratá-lo como mero meio, violando sua dignidade enquanto humano.¹⁰⁷

2.2.5 Confusão entre homologação e julgamento de mérito, e o repetitivo apelo a cláusulas gerais

Já no início da obra crítica ora em análise, são colocadas em xeque a “conveniência” e a “eticidade” da colaboração premiada face ao ordenamento jurídico.¹⁰⁸ Ousa-se aqui afirmar que a conveniência político-criminal é evidente: a possibilitação de persecuções criminais que, sem a colaboração premiada como técnica investigativa, seriam inviabilizadas. Portanto, também trata-se de algo mais do que uma “conveniência”: cuida-se de cumprimento de um dever do estado (*Untermaßverbot*¹⁰⁹). Já quanto ao que seria a “quebra da ética insita ao

103Ver, adiante, item 4.1.3 e tópico 4.10.

104Ver, adiante, itens 4.1.4 e 4.8.3.

105Ver, adiante, item 3.3.1.

106Ver, adiante, tópico 3.2.

107A positivação – sabidamente com inspiração na lei fundamental alemã – da dignidade da pessoa humana na constituição brasileira (artigo 1º, inciso III), “proíbe degradar as pessoas a um mero objeto de um procedimento estatal e, por conseguinte, pressupõe a existência mínima de faculdades jurídico-processuais ativas do inculpado.” (HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 219)

108“O tema da delação premiada desafia diversos questionamentos: desde sua conveniência político-criminal, passando por sua apreciação sob o ponto de vista da quebra da ética insita ao proceder dentro de um Estado Democrático de Direito [...]” (ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n. 202, p. 2, set. 2009, p. 2)

109Ver nota de rodapé n. 78.

proceder dentro de um estado democrático de direito”, a autora nada aprofunda.¹¹⁰ Tal proposição, portanto, não é mais do que um chamariz na introdução do artigo por meio da técnica (já várias vezes exposta neste estudo) de lançar expressões de significado emotivo positivo (ética, democracia, estado de direito) sem precisar seu significado concreto (e objetivo) em face da matéria em discussão, muito menos adentrando no debate entre o resultado disso (o significado concreto) e a realidade prática.

Promissoramente, o texto muda seu rumo ao enveredar para o campo jurídico. Nisso, afirma-se impossível a formalização de um acordo entre imputado e estado-investigador, tanto porque só o poder judiciário aplica penas como porque haveria contaminação do juízo se homologasse eventual acordo.¹¹¹ Note-se que essa crítica foi exarada antes da lei 12.850/13, e, portanto, compreende-se por que a delação premiada (ou sua “natureza jurídica”) fora considerada meramente como causa de diminuição da pena ou extinção da punibilidade por perdão judicial. Dessa forma, não se visualizando a delação premiada (também) como uma técnica investigativa, entende-se por que a autora coloca-se totalmente contrária à possibilidade de um acordo entre as partes¹¹², já que não consegue enxergar qualquer caráter processual, apenas material, na colaboração.

Não obstante, mesmo a partir desse ponto de vista limitado, não se justificam as duas subsequentes críticas. Elas só parecem sólidas quando se ignora a sistemática de dois juízos ou avaliações quanto ao que acordado: primeiro ocorre um controle de juridicidade (a homologação); em momento posterior, uma avaliação da efetividade da conduta do colaborador. Com efeito, os impulsionadores da persecução penal, o ministério público ou a

110No tocante à menção a “ética ínsita”, “ética do estado” ou quejandos, para se criticar o uso da colaboração premiada como meio legal de obtenção de prova, tendo em vista que ela propicia a quebra de confiança entre os criminosos, já se escreveu que “falar-se em *ética de criminosos* é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**...p. 522, destaques originais) Encontra-se semelhante ressalva em PASTRE, Diogo Willian Likes. O instituto da delação premiada no direito processual penal. **Revista IOB de direito penal e processual penal**, ano 9, n. 53, p. 57, dez.-jan. 2008, p. 66.

111“Assim, afora a ínsita ilegalidade da celebração de acordo entre indiciado/acusado e Ministério Público e sua homologação pelo juiz, a *natureza jurídica* da delação premiada impede que se possa falar em *acordo* antecipando sua aplicação. De um lado porque não incumbindo ao Ministério Público proferir sentença, não pode (ou não deve) prometer algo que não pode cumprir; de outro porque, acaso [*sic*] o acordo seja ‘homologado’ pelo magistrado, tal proceder implica *duplo julgamento antecipado do mérito da questão penal*: a) o juízo de condenação; b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da penal [*sic*].” (ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes..., p. 2, destaques originais)

112Ver, adiante, item 3.1.2 e tópico 4.7.

polícia – com a manifestação daquele – oferecem uma restrição das possíveis punições individuais em troca de informações que potencializem a persecução penal como um todo. O poder judiciário fiscaliza a juridicidade do que acordado entre as partes, não adiantando juízo algum quanto ao mérito¹¹³, até porque, nessa etapa, o potencial colaborador ainda não teve oportunidade para desempenhar plenamente tudo o que prometeu.¹¹⁴ Posteriormente, o poder judiciário julga a efetividade da contraconduta desempenhada ou o “merecimento” quanto ao prêmio estipulado.¹¹⁵ Dessa forma, não ocorre qualquer “duplo julgamento antecipado da questão penal”.

Não obstante, prossegue a autora para afirmar que, no caso de delação, tanto colaborador como delatado são privados das garantias do devido processo legal.¹¹⁶ A autora teria de assentar melhor o que entende, quanto à questão em foco, por “devido processo legal”, sob pena de brandir tal locução como mera varinha de condão retórica. Conectar essas três palavras a “julgamento justo” também nada resolve se não se especificar o que se entende por “justo” (bom, justo e belo... nada mais potencialmente subjetivo). Há simplesmente o encadeamento de uma cláusula aberta a outra. Parece novamente tratar-se de mero manejo de expressões com significado emotivo positivo, de modo a persuadir o interlocutor a apoiar a opinião defendida.

Já quanto ao aventado comprometimento do magistrado a condenar o delator, isso deve ser melhor analisado. A confissão é exigida para não transformar a delação em mera fonte de fofocas sobre desafetos de quem se pretende colaborador.¹¹⁷ Além disso, nada impede que, em não se carreando aos autos provas suficientes para condenar o delator, não se dê

113Ver, adiante, tópico 4.9.

114Essa confusão entre uma avaliação estritamente formal, é dizer, que examina somente a juridicidade das cláusulas e não o produto da contraconduta a ser realizada pelo colaborador, já ensejou a fantástica elucubração de que, na homologação, “o órgão julgador toma para si a hipótese trazida pelo delator que acaba formando o quadro mental paranoico: a confiança cega na versão de um delator, leva a formação de uma hipótese a qual se passará a buscar qualquer elemento que a fundamente, pouco importando a (re)construção dos fatos através dos argumentos e provas.” (SANTIAGO NETO, José de Assis; PENIDO, Flávia Ávila. **A delação premiada em confronto com o processo democrático**..., p. 272 e 273, transcreveu-se *ipsis litteris*)

115Ver, adiante, item 4.1.3.

116“Caso o objeto da delação seja a ‘*identificação dos demais co-autores ou partícipes*’, esse julgamento antecipado do mérito da ação penal efetuado na celebração do ‘acordo’ priva delator e delatado de garantias básicas decorrentes do *devido processo legal*: de um lado, priva o acusado delator de qualquer possibilidade de um julgamento justo, porque o seu julgador já se ‘comprometeu’ a condená-lo; e, de outro, tira dos delatados a mesma possibilidade, pois já se proferiu um juízo antecipado de certeza sobre a ‘*identificação dos demais co-autores ou partícipes*’.” (ESTELLITA, Heloisa. *A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes*..., p. 3, destaques originais)

117Adiante, nos itens 3.1.2 e 4.12.2, retoma-se essa questão.

efeitos tanto a sua confissão¹¹⁸ como a sua delação. Quanto à segunda parte da crítica, ela é ainda mais fraca do que a primeira. Afinal, qualquer delatado poderá se defender plenamente de toda imputação que se faça contra ele, independentemente da fonte de dados sobre sua indigitada responsabilidade penal. Dito de outro modo: havendo informações que indiquem uma devida condenação, o réu poderá exercer o contraditório e a ampla defesa, venham tais informações de uma interceptação telefônica, de uma testemunha ou de um delator.¹¹⁹

Adiante, encaminhando-se para o fim do texto, mais uma vez as críticas ignoram haver duas fases de julgamento¹²⁰: uma homologatória, que fiscaliza a juridicidade e confere segurança jurídica às partes (confiança e calculabilidade sobre como proceder); outra que avalia a contribuição à persecução penal e, dessa forma, impede que o investigado obtenha o prêmio meramente fingindo pretender colaborar, sem efetivá-lo. Conforme já afirmado acima, essa crítica central só seria imaginável se se desconhecesse completamente que o julgamento da juridicidade do acordo e o julgamento da efetividade da contraconduta ocorrem em momentos – e de modos – distintos. Em se sabendo tal, insistir nisso tratar-se-ia de prolatar um argumento tão vazio quanto ardiloso.

2.2.6 Os termos “ética” e “moral” como possuidores de conteúdo imutável, universal e notório

O texto da crítica ora analisada¹²¹ inicia mencionando personagem histórico controverso (é como se este e demais críticos tivessem combinado de fazer a mesma coisa; ou

118Código de processo penal, artigo 197: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

119Ver, adiante, item 4.7.3.

120“[N]o momento em que um magistrado ‘homologa o acordo’, está ele a aformar (antecipadamente) sua convicção sobre a veracidade das informações fornecidas pelo delator sobre a ‘identificação dos demais coautores ou partícipes’. [...] A homologação do acordo pelo magistrado implica em *dupla violação* aos cânones mais básicos do *due process of law*: de um lado retira-lhe a *imparcialidade objetiva* e, de outro, *impede o desenvolvimento contraditório do processo*. Sob este último ângulo, se o princípio do contraditório visa garantir às partes que possam *colocar em dúvida a existência do fato*, a ‘homologação do acordo’ pelo magistrado, que implica convencimento sobre a coautoria ou participação do delatado na prática do crime, extirpa qualquer possibilidade de desenvolvimento contraditório do processo que trate de tal crime e de tal acusado delatado. Porque com a ‘homologação do acordo’ e com seu eventual ‘cumprimento’ na sentença do delator, torna-se impossível, ao delatado, ‘colocar em dúvida’, mediante atividade probatória, os fatos delatados (a coautoria ou participação no fato delituoso), já que foram antecipadamente considerados pelo magistrado como ‘verdadeiros’.” (ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes..., p. 3, destaques originais)

121GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas! **Boletim IBCCRIM**, vol. 13, n. 159, p. 2, fev. 2006.

trata-se mesmo da pervasividade da argumentação emotivista), Nicolau Maquiavel, a quem se atribui frase de efeito, “os fins justificam os meios”, por vezes utilizada em contextos cujas atuações humanas são objeto de discussão devido à eventual crueldade.¹²² Porém, em vez de aprofundar uma compreensão sobre a frase no sentido de que os meios ou conduta humana são movidos ou causados pela vontade de se obter ou alcançar algo, o escritor confina-se a uma compreensão tacanha sobre o brocardo.¹²³ Algo como “uma vez perseguido determinado fim, vale tudo”. Em verdade, está-se apenas preparando o terreno para implantar críticas (emotivamente carregadas, racionalmente vazias) à delação premiada. Senão, vejamos.

O autor afirma ser necessário respeitar o “direito penal mínimo e garantista”, que teria como exigência estar o estado atrelado “à ética e à moral”¹²⁴. Por óbvio, não se esclarece o que se entende por ética ou moral¹²⁵ antes de simplesmente passar a soltar tais palavras a esmo.¹²⁶ Destaca-se também a linguagem simbólica, que tenta aproximar o estado de um ficto

122Nesse mesmo sentido, pode-se encontrar a associação explícita do brocardo em questão ao pensamento do escritor renascentista Nicolau Maquiavel (Niccolò Machiavelli) em PAULO JUNIOR, José Marinho. A natureza jurídica precaríssima da informação obtida através da delação premiada à luz do direito probatório no estado democrático..., p. 156. Na mesma obra aventa-se uma “moralidade maquiavélica de se premiar um bandido” (Ibidem, p. 160)

123Mesmo problema identificado acima, no item 2.2.1.

124GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas! **Boletim IBCCRIM**, vol. 13, n. 159, p. 2, fev. 2006, p. 2.

125Questionar a “moralidade” da colaboração premiada, rotulando-a de “meio de prova imoral”, “instituto antiético” ou “ato imoral” por exemplo, mas sem se aprofundar na fundamentação para tanto, é uma das manobras persuasivas mais pervasivas da parte dos críticos. Ver, por exemplo, CÂMARA, Edson de Arruda. **Delação premiada: moral ou imoral, avanço ou retrocesso?** **Revista Prática Jurídica**, Brasília, ano 4, n. 45, p. 48, dez. 2005, p. 48. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas...**, p. 1031. GONÇALVES, Carlos Eduardo. **A delação premiada como fundamento de prisão preventiva...**, p. 110 e 111. MARTINS, Ricardo Cunha. A aparente legalidade da delação premiada e a imoralidade legalizada..., p. 2. MORAIS, Paulo José Iász de. **A delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro: a atuação das agências punitivas na elucidação do caso penal.** In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada.** 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 370. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação Premiada...**, p. 31 e 75. PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães; BITENCOURT, Mateus Salles. **Delação premiada...**, p. 200 e 203. SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson. **A “troca de favores” entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor...**, p. 26.

126Isso dá a entender que se pressupõe não se tratar de termos polissêmicos, ou mesmo que existiria apenas uma única e uniforme moral. Sobre esse erro crasso, já alertava Kelsen há mais de meio século. “Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular – pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade – e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos – então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser

monstro marítimo, Leviatã, além de contrastar “lei honesta” a “lei torpe”. O que é uma lei honesta e lei torpe aqui, nessa pretensa discussão sobre a juridicidade da colaboração premiada?

Como se não bastasse o excessivo manejo de conceitos indeterminados, sem precisá-los perante o objeto da discussão, o autor insiste em extrair da locução “direito penal mínimo e garantista” a proibição da colaboração premiada, pois ela violaria “a ética e/ou a moral”, independentemente de como empregada.¹²⁷ Indaga-se: qual ética e/ou moral? O que o autor entende por cada um desses termos ao mencioná-los? Não há possibilidade de uma discussão séria e sinceramente orientada a uma resposta fundamentada, com pretensão de correção¹²⁸, sem se definir o que se quer significar com esses termos em face do objeto debatido. Porém, tudo isso fica totalmente aberto e vago. Talvez propositalmente. Afinal, a tentativa de mera influência emocional já se fez sentir.

Nessa esteira, o autor tenta aproximar uma pretendida vedação à colaboração premiada como fonte de prova à vedação da tortura como tal.¹²⁹ Apesar de ninguém ser

justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça. Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 72 e 73)

127“O Estado não pode, diante do que se expôs, em nenhuma hipótese, numa democracia que pretenda privilegiar um Direito Penal mínimo e garantista, incentivar, premiar condutas que firam a ética e/ou a moral, ainda que, no final, a sociedade possa se locupletar dessa violação. [...] Por mais nobre que seja a finalidade pretendida, o Estado, a pretexto de atingi-la, não há de se valer de meios antiéticos nem pode incentivar quem quer que seja a empreender caminho que não se coadune com os preceitos da moral. Exatamente por não se poder aceitar que o Estado pratique ou incentive a prática de atos anéticos ou imorais, é que não se pode admitir a delação como forma de atenuar ou excluir a pena de quem pratica ou participa da prática de crime.” (GARCIA, Roberto Soares. *Delação premiada...*, p. 2)

128Sem a pretensão de correção em um debate jurídico, seja ele doutrinário ou no bojo de um processo judicial, “em vez de sentenças e afirmações existiriam somente ainda, sentimentos e opiniões, fundamentações transformar-se-iam em persuasões, e no lugar de correção e verdade por-se-iam manipulações exitosas e convicções que estão bem fixas. Tudo seria subjetivo, nada objetivo.” (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 24). É exatamente o que se depreende da maioria das críticas disparadas contra a colaboração premiada.

129Mesmo em obras mais recentes pode-se constatar alguma insistência na umbrática aproximação da colaboração premiada à tortura. Ver, por exemplo, BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada...**, p. 145 e 146. FEROLLA, Guido; FRANCISO NETO, João. **As mazelas da colaboração premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 185. GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo; RODRIGUES, Leonardo Monteiro. **Colaboreis com a verdade e a colaboração vos libertará**. In: idem, p. 283 e 295. GONÇALVES, Carlos Eduardo. **A delação premiada como fundamento de prisão preventiva...**, p. 101 e 107. MORAIS, Paulo José Iász de. **A delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro...**, p. 374. ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. **A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos...**, p. 353, 359, 362 e 363. SANTIAGO NETO, José de Assis; PENIDO,

coagido psíquica ou fisicamente a colaborar com a justiça¹³⁰, sendo a sanção premial sempre um bônus e nunca um ônus¹³¹, o escritor força um paralelo no afã de deslegitimar (afigurar contrária ao ordenamento jurídico) a colaboração premiada. Visto isso, salienta-se que o fulcro do combate contra a colaboração enquanto técnica investigativa parece simplesmente resumir-se à afirmação genérica de que o estado não poderia proceder de forma que viesse a incentivar uma conduta “antiética ou imoral” entre os criminosos. Dito de outro modo, a delação entre eles, incentivada por sanções premiaias, atentaria contra a ética ou a moral. Novamente: qual ética e qual moral? Outra vez o crítico deixa parecer que há apenas uma única e indiscutível ética ou moral. Ele parte de uma ficção absolutista para tentar deslegitimar um instituto que potencializa a aplicação da lei penal. Veja-se que, na mesma linha da crítica exarada, não se poderiam executar escutas telefônicas, pois colocar-se a par de conversas privadas, sem dúvida alguma, viola alguma das várias morais ou éticas existentes.¹³² Mesmo uma tutelada pelo estado.¹³³ Não obstante, ao serem ponderados os princípios colidentes, a lei opta por abrir uma exceção à regra geral, de forma a ensejar as investigações.

Todavia, o autor nem suavemente toca na necessidade de ponderação. Brada “a” ética e “a” moral para defender a tutela da fidelidade dos criminosos às atividades ilícitas e perniciosas que desempenham. Em nenhum momento demonstra por que o estado deveria considerar – em prol da tutela da fidelidade ao crime – menos importantes todos os interesses

Flávia Ávila. **A delação premiada em confronto com o processo democrático**..., p. 271, 274, 275 e 276. É a mesmíssima manobra retórica que fora empregada na Itália, nos anos noventa, por defensores de imputados na operação *Mani Pulite* (GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Déjà vu**..., p. 12).

130Ver, adiante, itens **3.2.1** e **4.8.3**.

131Ver, adiante, item **3.2.4**.

132Fique claro que este estudo não se encontra dissolvido em um caótico relativismo ético, a partir do qual qualquer proposição normativa é justificável. Bem diferente disso, encontra base no procedimentalismo alexyano, e é por isso que se exige com tanta veemência a precisão do significado dos termos usados nas pretensas críticas. Sem isso, o debate, do qual pode resultar uma resposta racional e correta ao problema, resta prejudicado. Nessa esteira, citam-se as quatro regras fundamentais, que são “condição de possibilidade de qualquer comunicação lingüística em que se trate da verdade ou correção” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**..., p. 191): (1) Nenhum falante pode contradizer-se. (2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita. (3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes. (4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

133Lei 9.296/96, artigo 10: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.”

ou bens jurídicos tutelados por uma eficaz persecução penal, conduta que nenhum estado de direito¹³⁴ democrático (que assim corretamente se pretenda) poderia realizar.¹³⁵

Diversamente disso, o crítico prossegue absolutizando a “imoralidade” e a “aeticidade” da delação, não importando o contexto, seja ele fático ou jurídico. A isso agrega a ideia de que o incentivo à quebra da confiança causa desagregação social e desordem, que são incompatíveis com a constituição.¹³⁶ Partindo-se dessa ideia, pode-se constatar que a eficaz aplicação da lei penal sempre gera desagregação e desordem às atividades criminosas. Uma das finalidades do trabalho de segurança pública, aliás, é essa mesma. Portanto, uma vez aceita a ideia (evidentemente pueril) do crítico, no sentido de evitar desgregação em qualquer contexto, dever-se-ia revogar o código penal.

Não obstante, o autor mantém-se renitente na absolutização da falta de ética ou moral da delação¹³⁷, tentando inclusive valer-se – inocuamente – da diferença entre matemática e ética para fundamentar seu ponto.¹³⁸ A crítica adquire tons quixotescos: a traição é imoral, não importa de quem para com quem, e não se pode usar uma regra matemática para se negar isso. Por mais óbvio que possa soar, afirma-se que ninguém, honestamente, pretende usar regra de multiplicação matemática num discurso sobre ética. Deve-se, sim, ter em mente a concretização dos princípios e a aplicação das regras constitucionais. Assim, qual princípio ou

134Para mais detalhes sobre o estado de direito e os preceitos dele derivados: HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais...**, p. 173 e seguintes.

135Quanto a isso, pode-se encontrar na doutrina que “a crítica ao caráter supostamente antiético da colaboração premiada é inconsistente, na medida em que o Estado não pode renunciar o acesso à prova de crimes graves como os praticados por organizações criminosas apenas para preservar um pacto de lealdade entre criminosos.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 98 e 99) A isso aduz-se que “um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenável nesse caso o silêncio.” (MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56, jul./set. 2004, p. 58) Nesse mesmo sentido: GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006, p. 147. LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Delação para colaborar com a sociedade. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano 9, n. 208, p. 30, set. 2005, p. 31.

136“Ora, delação sempre é ato imoral e aético, já que a própria vida em sociedade pressupõe o expurgo da traição das relações sociais e pessoais. A quebra de confiança que se opera com a delação gera, necessariamente, desagregação, e esta traz a desordem, que não se coaduna com a organização visada pelo pacto social e com a ordem constitucional legitimamente instituída.” (GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada..., p. 2)

137Remete-se à nota de rodapé n. 126.

138“Não se venha dizer que a delação feita por quem vive à margem da lei contra outros marginais pode ser considerada ética e/ou moral, pois mesmo este caso envolve necessariamente traição, violação às regras de conduta vigentes em determinada situação. É que a delação promovida por criminoso em desfavor de outro não apaga a aeticidade e/ou a imoralidade intrínsecas à traição, não valendo, aqui, a regra que vigora na operação matemática de multiplicação, em que ‘*menos com menos dá mais*’.” (GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada..., p. 2, destaques originais)

regra constitucional, no âmbito da colaboração premiada, ordenaria tutelar a confiança dos criminosos entre eles e em face de sua atividade? Seriam talvez – sem pretensão de certeza – os previstos pela constituição da república, artigo 1º, incisos II, III e IV: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa? A tentativa de responder a essa pergunta simplesmente aventa “princípios democráticos e garantistas” e “fundamentos da sociedade”¹³⁹, restando (não haveria como não sê-lo) tão vaga e abstrata quanto insuficiente.

Uma vez fracassando a argumentação a partir de dispositivos constitucionais, apela-se novamente às comparações fantasiosas, às tentativas de aproximações de contextos distantíssimos – enfim, ao emotivismo –, insinuando-se semelhança entre a colaboração premiada e a ideia de intimidação pelo terror que exsurteria das ordenações filipinas.¹⁴⁰ Não é necessário raspar muito para “tirar o verniz” da argumentação abundante em simbolismo e abissalmente distanciada do objeto da ensaiada crítica, a delação premiada. O ataque tenta transpor a atual reprovação às penas cruéis, estas previstas em legislação que vigia há mais de trezentos anos, a um instituto de sanções premiaias. Assim, se as ordenações filipinas continham a ideia de intimidar pelo terror, a argumentação do crítico tenta fazer o mesmo, em um voo longo e muito distante do solo da lógica, para deslegitimar a delação premiada. O absurdo fica evidenciado se forem contrastadas as penas corporais, e de morte, das mencionadas ordenações com as sanções premiaias ínsitas à colaboração com a justiça, que são almeçadas pelo colaborador exatamente por serem menos gravosas à sua liberdade e ao seu

139“[...] pode-se considerar constitucional lei que chancela a delação, premiando-a jurídica e/ou materialmente d’alguma forma? Por outra: seria a lei que a prevê, para lembrar da lição de Vicente Ráo, ‘honesta’? As respostas, com o devido acatamento a quem delas diverge, são negativas para as duas questões, pois não cabe, não pode caber em ordenamento jurídico fundado em princípios democráticos e garantistas instituto que privilegie conduta aética e imoral, como a delação é, sob pena de mutilação dos próprios fundamentos constitutivos da sociedade, insculpidos, no Brasil, na Constituição da República.” (Ibidem)

140“E para tirar o verniz sob o qual hoje se esconde a verdadeira natureza da delação premiada, não custa lembrar que o instituto, antes de ser temporariamente escorraçado do Direito brasileiro, tinha lugar no Título CXVI do *Livro V das Ordenações Filipinas*, as quais mereceram de Aníbal Bruno a seguinte avaliação: ‘*Para julgar essa legislação, é preciso situá-la naqueles começos do século XVII, em que foi promulgada e dos quais reflete os princípios e os costumes jurídicos. Baseada na idéia da intimidação pelo terror, como era comum naqueles tempos, distinguam-se as Filipinas pela dureza das punições, pela freqüência com que era aplicável a pena de morte e pela maneira de executá-la, morte por enforcamento, morte pelo fogo até ser o corpo reduzido a pó, morte cruel precedida de tormentos cuja crueldade ficava ao arbítrio do juiz; mutilações, marca de fogo, açoites abundantemente aplicados, penas infamantes, degredos, confiscação de bens*’. Eis o contexto jurídico em que a delação premiada ficava bem posta, à vontade: sentada à mesa das *Ordenações Filipinas*, relacionando-se com a ‘*idéia da intimidação pelo terror*’, cujo ‘*fim era inculcar temor pelo castigo*’. Hoje, rediviva – e prestigiada por muitos como se fosse nova penicilina –, flerta com a Constituição de 1988, causando preocupação àquele que não olvida que uma laranja podre no cesto estraga todas as outras.” (GARCIA, Roberto Soares. *Delação premiada...*, p. 2, destaques originais)

patrimônio.¹⁴¹ Portanto, sem o “verniz”, percebe-se que o crítico tenta incutir temor ao leitor, tenta intimidá-lo com um terror que não existe na atividade da colaboração.

Adiante, o autor baralha a traição contra a vítima de crime com a traição entre os autores de crime, querendo, com essa confusão, apodar de esquizofrênico o ordenamento jurídico que abarque a possibilidade de delação.¹⁴² O crítico esqueceu de pontuar que, no código penal, artigo 61, inciso II, alínea ‘c’¹⁴³, a traição é o meio pelo qual o agente comete um crime, e, no artigo 121, § 2, inciso IV¹⁴⁴, ela é uma qualificadora de um homicídio doloso. Já na delação, ela não agrava nem qualifica crime algum. Ao contrário, ela potencialmente prejudica a atividade criminosa, servindo à tutela dos direitos fundamentais amparados pela lei penal, não à ofensa deles. Tentar igualar esses contextos pode causar severa desconfiança quanto às intenções subjacentes à empreitada.

Prosseguindo, não poderia faltar a “clássica” manobra da retórica emotivista consubstanciada na menção a popular personagem (religioso ou histórico) representativo de conduta traidora e execrável.¹⁴⁵ Nisso, apresenta novamente argumentação sem carga racional, sem base nem escopo deontológicos. Pura e intensa tentativa de apelo emocional.¹⁴⁶ Logo depois, parece que o autor abordará o tema juridicamente, pois menciona várias expressões presentes

141 Ver, adiante, itens 3.2.1 e 3.2.2.

142 “[...] o renascimento da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro deu a este um colorido algo esquizofrênico: Ora a traição é tida como circunstância agravante ou qualificadora de crime, ora, na forma de delação, pode levar à isenção ou à diminuição de pena.” (GARCIA, Roberto Soares. *Delação premiada...*, p. 2)

143 “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II - ter o agente cometido o crime: [...] c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;”

144 “Art. 121. Matar alguém: [...] 2º Se o homicídio é cometido: [...] IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;”

145 “Pede-se, então, ajuda ao leitor para escolher se o ‘herói’ da notícia seria Judas Iscariotes, Joaquim Silvério dos Reis, ou algum simpatizante do regime de Vichy na França ocupada, para, a seguir, sinceramente, refletir se há de se reconhecer validade jurídica (*rectius*: constitucionalidade) à figura da delação premiada tupiniquim.” (GARCIA, Roberto Soares. *Delação premiada...*, p. 2) Pertinente contrastar a linha argumentativa esboçada com o entendimento de quem tem experiência na atividade de defesa técnica de colaboradores. “A colaboração premiada é, sem dúvida, uma nova chance, a possibilidade de virar a página, começar de novo. Mas, apesar do nome, não é um troféu, uma medalha que se carrega, mas sim uma marca com muitos pesos, controles e obrigações.” (DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador...**, p. 108)

146 A mesma manobra retórica pode se encontrar também em COSTA, Fernando José da. *Delação premiada uma prova a ser usada com ressalvas. Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 18, n. 426, p. 19, out. 2014, p. 19 (texto em que constam Joaquim Silvério dos Reis vs. Joaquim José da Silva Xavier, e Judas Iscariotes vs. Jesus). Ou em MORAIS, Paulo José Iász de. **A delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro...**, p. 366 (Jesus Cristo vs. Judas). Também em CÂMARA, Edson de Arruda. **Delação premiada...**, p. 48, MOREIRA, Rômulo. **A delação premiada no Brasil ontem e hoje...**, p. 403 e 404, e CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil...**, p. 123 (obras em que presentes Judas vs. Jesus Cristo, Silvério dos Reis vs. Tiradentes e até Calabar vs. lusitanos que combateram os holandeses).

na constituição da república, artigo 5º.¹⁴⁷ Mas isso é só uma impressão passageira. O crítico admite que não se esforçou para tentar demonstrar quais dispositivos constitucionais (e como) seriam violados por meio do uso da delação premiada.¹⁴⁸ Talvez porque, se o fizesse, restaria exposta conclusão contrária a tal ilação.

Assim, da “aneticidade” e da “imoralidade” que, no início do texto, tinham a enorme pretensão de fundamentar a inconstitucionalidade do instituto, resta, ao final, apenas uma “inconveniência”. Não obstante, mesmo deixando claro que não foi aprofundada a matéria constitucional, o escritor simploriamente conclui pela inconstitucionalidade da delação. Afinal, a “alma” da constituição teria sido ferida. Ora, salpicar um texto com termos abstratíssimos ou listar princípios constitucionais sem expor suas eventuais colisões na área do tema analisado não são tarefas com potencial para fundamentar uma alegada inconstitucionalidade. E recheiar o texto com chavões emotivistas não sana nem suplanta esse fracasso.

2.2.7 “Arrependimento sincero” e investigação no filme exibido na televisão

No início do texto analisado, ao estabelecer as premissas sobre as quais construirá o resto da argumentação, o autor prepara o terreno da crítica lançando expressões com conteúdo emotivo positivo (dignidade humana, amizade, solidariedade, liberdade, justiça, fraternidade) e negativo (desconfiança, egoísmo, isolamento, destruição), sem diferenciar – como sói –, por exemplo, a quebra de solidariedade entre agentes criminosos e a quebra de solidariedade entre as relações sociais lícitas.¹⁴⁹

147“Como se viu, não foi objetivo das presentes reflexões a enumeração dos dispositivos constitucionais que são vergastados pela delação premiada, embora a isonomia, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, dentre outros, sofram arranhões flagrantes. É a própria alma constitucional que se vê ferida: admitir-se validade constitucional a dispositivo que premia a delação significa, com o devido acatamento, mandar às favas a ética e a moral, sendo que ambas seguirão acompanhadas pelo Estado Democrático de Direito. Por isso, além de ser totalmente inconveniente – pois incentiva conduta desagregadora, imoral e anética –, a chamada delação premiada mostra-se inconstitucional, incompatível com os princípios fundantes da sociedade brasileira, retratados na Constituição Federal de 1988.” (GARCIA, Roberto Soares. *Delação premiada...*, p. 2)

148Também considerando a colaboração premiada irremediavelmente inconstitucional, imputando-lhe ser “impossível se configurar sem que sejam violados os direitos e garantias sedimentados na Constituição Federal de 1988”: GONÇALVES, Carlos Eduardo. **A delação premiada como fundamento de prisão preventiva...**, p. 112.

149“[U]ma sociedade organizada na base do respeito pelos valores da dignidade humana, que respeite e promova os valores da amizade e da solidariedade, que *visse a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno*, não pode consentir que o exercício de uma função soberana possa constituir a causa da quebra da solidariedade entre os seus membros, possa ser motivo de desconfiança no próximo, conduzir ao egoísmo e ao isolamento.” (SILVA, Germano Marques da. *Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)*. **Lusiada. Direito**. Lisboa, n. 3, p. 69, Lisboa, 2005, p. 76, destaques

Prosseguindo, não é o primeiro texto analisado neste estudo em que, talvez propositalmente, não se faz distinção entre a confiança das pessoas em uma ordem jurídica fundada em direitos fundamentais – o que pressupõe investigações eficazes e baixa impunidade – e a confiança dos criminosos na incolumidade e permanência de suas atividades ilícitas¹⁵⁰, o que pressupõe o aviltamento da primeira confiança mencionada. Nessa linha de raciocínio que, ingenuamente (fazendo-se uma interpretação caridosa), ignora a incompatibilidade entre as confianças a serem tuteladas, o autor defende que apenas um “arrependimento íntimo”¹⁵¹ poderia ser premiado, nunca uma conduta objetiva com finalidade única de ter a sanção penal mitigada.¹⁵²

Em verdade, há grave dúvida sobre a factibilidade da comprovação de um “arrependimento sincero”, entendido como um remorso ou outro sentimento. Talvez por meio de sessões de psicanálise pagas pelo contribuinte isso fosse operacionalizável. Por outro lado, aceitar apenas esse, e não o “arrependimento processual”¹⁵³, simplesmente implicaria na extinção da colaboração premiada como técnica investigativa.¹⁵⁴ O autor nem tangencia esse problema e, por conseguinte, muito menos oferece uma resposta à consequente insuficiência da proteção de direitos fundamentais por meio do direito penal.¹⁵⁵

originais)

150Ver, acima, itens 2.2.4 e 2.2.6.

151Ver nota de rodapé n. 57.

152“Dizia acima que o prêmio aos arrependidos é dos vários métodos legais de combate ao crime o que mais me repugna e devo justificar. Evidentemente que se o arrependimento é sincero merece o prêmio; o arrependimento foi sempre uma importante causa de atenuação das penas criminais. O que me repugna, e mais até me preocupa, é o prêmio atribuído em troca do auxílio na investigação e que as mais das vezes de arrependimento não tem nada.” (SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado..., p. 77)

153Quanto à valoração jurídica do arrependimento processual, encontra-se na doutrina (em trecho que defende a constitucionalidade da colaboração premiada com base no mandamento constitucional de individualização das penas) que “a dosimetria leva em conta não apenas a reprovabilidade do fato, mas também as circunstâncias pessoais do agente. O comportamento deste, buscando remediar as consequências do injusto, jamais foi um indiferente penal [...] Se a simples confissão enseja a minoração da reprimenda – art. 65, III, d, do CP –, o que se dirá quando o acusado decide colaborar com a persecução penal, trazendo um *plus* que não pode ser ignorado pelo Estado-juiz na qualificação da resposta estatal.” (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 70 e 71)

154“Evidentemente que há uma motivação para que alguém se torne um colaborador. Ninguém acorda em determinado dia – sem qualquer motivo – e diz ‘hoje vou procurar o Ministério Público e me tornar um colaborador’. Talvez alguém acorde e resolva confessar seus pecados em um confessionário, mas não ao órgão acusatório.” (DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador**..., p. 109)

155Ver nota de rodapé n. 78.

O texto segue na linha da desaceitação da colaboração, aventando-se que podem ser forjadas provas de modo a incriminar um inocente para premiar culpados.¹⁵⁶ Não obstante, em vez de se concentrar em possíveis disciplinas legais da colaboração premiada que obstaculizem a mera “fofoca premiada”¹⁵⁷, o crítico usa sua energia e inteligência para expor sua profunda pesquisa sobre um filme (cujo nome não revelou, impossibilitando investigações posteriores) que, provavelmente superando a barreira racional consubstanciada pela pré-compreensão do autor sobre o tema, conseguiu muito impressioná-lo.

Por fim, o crítico encerra seu texto revelando não desconhecer que a lei de seu país (Portugal) tem suas salvaguardas em face do risco de uso indevido da colaboração premiada.¹⁵⁸ Não obstante, não aprofunda nesse assunto, mantendo-se – conforme suas próprias palavras – “repugnado”, já que, talvez por estar impressionado demasiadamente pelo filme a que assistiu, considera apavoradamente que “todas as cautelas são poucas”. Muito medo (como persuasão emotivista), pouca argumentação racional.

156“É que a lei exige que o ‘arrependido contribua para a identificação ou captura de outros responsáveis’ e assim teremos que o delinquente se pode dispor a colaborar, denunciando os seus parceiros na criminalidade, só para obter o prémio da atenuação ou do arquivamento do processo e pode até acontecer que este ‘arrependido’ forje provas para obter esse prémio. Fiquei muito impressionado há uns meses atrás com um filme exibido na televisão em que se tratava precisamente do prémio aos arrependidos no tráfico de estupefacientes. Todos os arguidos receberam prémios, pela forma de atenuação acentuada das penas, menos uma, a inocente, porque, desconhecendo absolutamente os factos criminosos, não conhecia nenhum dos seus agentes e por isso não podia colaborar com as autoridades, não tinha nada para denunciar, não tinha nada para dar em troca. Foi condenada a 20 anos, salvo erro, enquanto o cérebro da organização, seu namorado, foi apenas condenado em 5 anos. A injustiça foi mais tarde parcialmente corrigida através de um perdão parcial da pena, graças à intervenção de uma instituição que na América luta contra este tipo de injustiças, contra a lei dos arrependidos/delatores. É esse o risco.” (SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado..., p. 77)

157Remete-se, mais uma vez, aos itens 3.1.2 e 4.12.2, adiante.

158“*No XVI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste, em Setembro de 1999, foi aprovada uma resolução quanto aos arrependidos: Não recomendar o uso de ‘arrependidos’ pelas dificuldades suscitadas por esta instituição quanto à legitimidade do sistema penal e ao princípio da igualdade perante a lei. Não obstante, as pessoas suspeitas de pertencerem a uma organização criminosa que decidam colaborar com as autoridades judiciais podem beneficiar de uma redução da pena nas condições seguintes: a) que o uso de informações procedentes de arrependidos se encontre previsto de maneira precisa pela lei (princípio da legalidade); b) Deve exigir-se a aprovação judicial (princípio da jurisdição); c) os arguidos não podem ser condenados unicamente com base nos testemunhos de arrependidos; d) só pode recorrer-se a arrependidos para prova de infrações graves (princípio da proporcionalidade); e) o arrependido não pode beneficiar do anonimato.* Parece-me que o nosso sistema não se afasta destas recomendações, mas é precisa muita cautela na prática processual para evitar os erros judiciais induzidos pelos falsos arrependidos. E que quando o ‘arrependimento’ visa apenas o prémio, todas as cautelas são poucas.” (SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado..., p. 77, destaques originais)

2.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

O emotivismo parte da noção de que, em um debate normativo, argumentos objetivos, lastreados na realidade do objeto em questão, até podem ser manejados, mas o que decidirá o debate serão argumentos que terão efeito no estado emocional do interlocutor. Exemplos de manobras nesse sentido são o manejo de expressões de significado emotivo positivo e expressões de significado emotivo negativo, aproximações do objeto combatido a personagens ou períodos históricos execrados pelos interlocutores, metáforas desconectadas da realidade do objeto em debate.

As críticas que mais se repetem contra a colaboração premiada como técnica investigativa enquadram-se na argumentação emotivista. Com efeito, esse é o melhor tipo de argumentação para cooptar adeptos a uma ideologia ou a uma crença, vez que prescinde de analisar o objeto discutido em si, conforme a realidade, o que poderia resultar em argumentos contrários à posição defendida.

É pervasiva a manobra de se lançarem premissas genéricas, de fácil aceitação, usando palavras com significado emotivo positivo (confiança, democracia, liberdade), para, num segundo movimento, associar a colaboração premiada a palavras de conteúdo emotivo negativo (desconfiança, traição, inquisição). Também é comum usar narrativas sobre momentos históricos (da inquisição medieval, do fascismo italiano, do nazismo, do comunismo soviético) ou mencionar personagens famosas (Judas *vs.* Jesus Cristo; Silvério dos Reis *vs.* Tiradentes; Mussolini, Hitler, Stalin) para associar a atividade do “vilão” com a do colaborador premiado.

Comumente, nas críticas à colaboração premiada, há uma aparentemente proposital indistinção entre a tutela à confiança das pessoas na eficácia dos direitos fundamentais e a tutela à confiança dos criminosos entre si e na intangibilidade de suas atividades ilícitas, como se uma não pressupusesse a violação da outra.

Ao se combater o emprego da colaboração premiada, com frequência, a legislação que a regula e a constituição da república não são abordadas diretamente, no máximo são referidas, de forma que as críticas carecem de base jurídica, descambando para uma retórica cheia de conceitos indeterminados e vazia de juridicidade.

O cientista jurídico e o operador do direito que trabalharem com o tema colaboração premiada, ao conhecerem o emotivismo, poderão imunizar-se perante as tentativas de inoculação de apêndices de manifestos ideológicos disfarçados de artigos jurídicos. Isso é deveras importante nestes tempos de intensos ataques à colaboração premiada, vez que se mantém atualíssima a advertência kelseniana, conforme segue. “A mistura entre ciência e política como princípio, tão em voga hoje em dia, é o método típico da moderna construção ideológica. Do ponto de vista do conhecimento científico, ela deve ser refutada também quando – como no mais das vezes e certamente também no presente caso – é feita de modo totalmente inconsciente.”¹⁵⁹

¹⁵⁹KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**..., p. 298. Kelsen referia-se, ao exarar tal constatação, ao que estava por trás da defesa da ideia de que o controle constitucional das leis fosse atribuído ao chefe do poder executivo (o *Führer*, no contexto) em vez de ser da competência de um tribunal constitucional. Não obstante, a transposição da sua constatação é perfeitamente cabível em face da onda ideológica contrária à colaboração premiada.

3 CONTRIBUIÇÕES DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Internacionalmente já é assente que a repressão à criminalidade moderna necessita do emprego de novas técnicas de investigação.¹⁶⁰ Esses novéis instrumentos¹⁶¹ vêm sendo usadas há décadas em países da tradição jurídica do *common law*. No Brasil, chegaram com muito atraso. Somente em 2013 veio a lei 12.850 a regular com algum detalhamento, entre outros, o meio de obtenção de provas chamado colaboração premiada, e, talvez devido ao fato de tais novas técnicas investigativas¹⁶² serem usadas há muito mais tempo nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, há no Brasil a tendência de confundir (ou, ao menos, aproximar) a colaboração premiada com o *plea bargaining*, o que é totalmente descabido, como se demonstrará.

Para pôr luz sobre o funcionamento da colaboração premiada, deveras pertinentes são os contributos que a análise econômica do direito produziu quanto à negociação e a vinculação dos contratos. Isso porque, na aplicação desse instrumento persecutório, ocorre uma negociação e o fechamento de um acordo entre investigadores e potenciais colaboradores. A mencionada abordagem de estudo jurídico, longe de pretender substituir por análises e decisões econômicas o papel central dos textos normativos, das normas¹⁶³ e da hermenêutica, em verdade, apenas potencializa a atividade jurídica, pois oferece, para além dos já bem conhecidos “cânones dogmáticos” (popularizados desde Friedrich Carl von Savigny), elementos de empiria que podem ser empregados na argumentação jurídica¹⁶⁴

160Demonstra-o o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, que foi internalizado no Brasil pelo decreto 5.015, de 12 de março de 2004.

161Pode-se aqui referir a colaboração premiada, a ação controlada, a infiltração de agentes e a quebra de sigilo de dados, todos disciplinados pela lei 12.850/13.

162É pervasivo na doutrina o emprego indistinto das expressões “técnica de investigação”, “meio de obtenção de prova”, “método de investigação”, “instrumento persecutório”. Neste estudo, ausente o escopo de investigar eventuais diferenciações conceituais entre as mencionadas expressões, também consta tal sinonimização.

163Hans Kelsen, o pai de todos os tribunais constitucionais das atuais democracias, ainda tão cegamente atacado por tantos que confundem juspositivismo com legalismo (ou a crença na interpretação literal), há quase um século já ensinava que texto normativo não se confunde com o significado atribuído a ele, isso ao escrever sobre a indeterminação normativa. “Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**..., p. 388)

164Já há décadas Robert Alexy evidenciou a atividade argumentativa presente na interpretação e aplicação do direito. Conforme esse autor, na justificação externa, que serve para garantir a correção da justificação interna (que seria o pervasivo “silogismo jurídico”), existem ao menos seis grupos de formas de argumentos. Um deles é o das regras e formas da argumentação empírica. Segundo Alexy, “quase todas as formas de argumentação jurídica – igualmente quase todas as formas de argumentação prática geral – incluem

presente na interpretação e aplicação do direito. Assim, assentado na adequação e utilidade jurídica da análise econômica do direito¹⁶⁵, este capítulo pretende oferecer argumentos para uma eficiente interpretação e aplicação da colaboração premiada conforme a lei 12.850/13. Para tanto, primeiro são dissolvidas algumas confusões entre a colaboração premiada e o *plea bargaining*, depois, esclarecidas (com base nos contributos da *law and economics*) o funcionamento daquela técnica de investigação.

Essa pretensão revela-se atualmente muito importante, pois, apesar de já amplamente aplicada desde a publicação da lei 12.850/13 e de já haver importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, esse instrumento probatório ainda não granjeou plena pacificação de contornos interpretativos na jurisprudência. Além disso, uma possibilidade de guinadas severas no funcionamento da colaboração premiada evidenciou-se já no primeiro semestre de 2017, quando pulularam na mídia declarações (inclusive advindas de ministros da própria suprema corte) no sentido de o Supremo Tribunal Federal vir a interferir no mérito (extensão do prêmio) de acordos de colaboração celebrados no âmbito do mundialmente conhecido caso Lava Jato¹⁶⁶, risco esse que se comprovou real e foi temporariamente afastado por decisão majoritária¹⁶⁷. Não há dúvida de que serão necessárias muitas outras decisões judiciais para haver uma jurisprudência considerada pacífica quanto ao uso de tão efetivo instrumento probatório, que propiciou inédito sucesso na repressão ao crime organizado.¹⁶⁸ Ao desempenhar essa atividade, os juízes podem melhor proceder se considerarem seriamente contributos de direito e economia que embasam o funcionamento da colaboração premiada.

enunciados empíricos.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica...**, p. 228) Entre eles, há “enunciados sobre ações, acontecimentos ou estados de coisas passados, presentes e futuros. Estes enunciados podem corresponder de novo a diversas áreas da ciência, como a Economia, a Sociologia, a Psicologia, a Medicina, a Lingüística etc.” (Ibidem)

165 Para uma exposição mais detalhada sobre os esfacelamentos da alegada incompatibilidade entre ciência jurídica e análise econômica do direito, da suposta incomunicabilidade entre normativismo e pragmatismo e da dita insuperável dicotomia entre consequencialismo e deontologismo, conferir ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2007, p. 13 a 31.

166 PERON, Isadora; BULLA, Beatriz; PIRES, Breno Pires. STF admite que pode rever termos da delação da JBS. **O Estado de S.Paulo**, 26 mai. 2017. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br>> FALCÃO, Márcio; MUNIZ, Mariana. Benefício para delator é só na sentença, dizem ministros: Alexandre de Moraes e Marco Aurélio defendem metodologia diferente da Lava Jato. **JOTA**, 23 mai. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/justica>> D'AGOSTINO, Rosanne. Instituto vai ao STF para cassar acordo de delação de donos da JBS. **G1, São Paulo**, 22 mai. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com>> LETIERI, Rebeca. JBS: rapidez no acordo de delação e excesso de benefícios geram críticas. **Jornal do Brasil**, 27 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.jb.com.br>> Todos os acessos em: 1 jun. 2017.

167 Trata-se do julgado STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, maioria, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018. Adiante, nos itens **3.3.2** e **4.9.1**, a questão será retomada.

168 AZEVEDO, Guilherme. Acordos contra corrupção e cartel de construtoras da Lava Jato recuperam R\$ 11,5 bilhões. **UOL**, 6 mar. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br>> Acesso em: 1 jun. 2017.

3.1 PLEA BARGAINING E COLABORAÇÃO PREMIADA

Apesar de usualmente confundidas no Brasil, a colaboração premiada não é a barganha do direito anglo-saxão. A colaboração não tem como fim a mera confissão do suspeito nem visa economizar recursos da atividade persecutória (tempo e trabalho dos investigadores). Ao contrário: a confissão é mero requisito para iniciar a atividade colaborativa¹⁶⁹, e esta potencialmente aumenta a carga de trabalho da polícia, do ministério público e da magistratura.¹⁷⁰ Assim, não se trata de instrumento de economia processual, mas de instrumento de obtenção de provas.¹⁷¹ Consequência: a persecução penal não é substituída pela colaboração processual; ao contrário: sem esta, muitas investigações e ações penais sequer existiriam. Portanto, tangenciaria a desonestidade criticar a colaboração processual com base nos problemas do *plea bargaining*.

Nessa esteira, a análise econômica da utilização do *plea bargaining* – focada na redução da carga de trabalho dos investigadores e do próprio poder judiciário – seria de pouca utilidade para iluminar o funcionamento da colaboração processual regulada pela lei 12.850/13. Contrariamente ao senso comum, entende-se que muito útil é voltar os olhos para a análise econômica da função dos contratos, das estratégias negociais e das escolhas racionais dos atores envolvidos especificamente no funcionamento da colaboração processual. Não obstante, antes disso, o *plea bargaining* e a colaboração serão analisados individualmente e de forma mais aprofundada para se lastrear o que já adiantado no parágrafo anterior.

¹⁶⁹Ver, adiante, itens 3.1.2 e 4.12.2.

¹⁷⁰Essa afirmação, com razão, lembra o depoimento de um réu em um dos processos do caso “Lava Jato”, em que, dirigindo-se ao juiz e manifestando disposição em colaborar com a justiça, ele diz: “– Apresento todos os fatos com nomes, endereços e operações realizadas. Posso lhe dar um caminho que vai lhe dar mais um ano de trabalho, que faz bem ao Brasil.” (CARVALHO, Cleide; ROXO, Sérgio; DANTAS, Tiago. Palocci sinaliza delação e diz a Moro ter informações para ‘mais um ano de trabalho’ do juiz. **O Globo**, 20 mai. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com>> Acesso em: 19 jun. 2017) Adiante será exposto mais detalhadamente por que tal alegação do réu é coerente e verossímil.

¹⁷¹Isso é aferível já da literalidade da própria lei 12.850/13: “Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; [...]” Ainda, o próprio Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, reafirmou esse entendimento. Exemplifica-se. “4. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à ‘aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória’, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito. 5. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meios de prova, os quais somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.” (STF, Pet 6.138 AgR-segundo, 2ª Turma, relator: Edson Fachin, relator para o acórdão: Dias Toffoli, maioria, j. 21/2/2017, publ. 5/9/2017)

3.1.1 Funcionamento e finalidades do *plea bargaining*

O *plea bargaining* é uma espécie de transação penal, pois consubstancia a possibilidade de as potenciais partes de um processo penal, por meio de negociação, chegarem a um acordo, evitando o trâmite usual do processo. Evidentemente, a “barganha” penal é uma prática oriunda da – e assente na – tradição do *common law*, no bojo da qual, destaca-se, muitas características do denominado sistema acusatório contemporâneo¹⁷² tomaram forma concomitantemente à conformação das regras básicas que hoje compõem o “devido processo legal”: historicamente são indissociáveis o aumento da autonomia das partes em face do juiz (estado) – o que pressupõe a separação entre órgão julgador e acusador – e o desenvolvimento jurisprudencial dos diversos direitos de defesa processuais.¹⁷³

De todo modo, a transação penal, amplamente empregada nos Estados Unidos da América¹⁷⁴ e outros países de tradição jurídica anglo-saxã, só tem aplicação (parcamente) similar no direito brasileiro no âmbito dos juizados especiais criminais (lei 9.099/95, artigo 76 e seguintes) e, mesmo assim, há várias restrições à sua aplicabilidade (condições objetivas e subjetivas). Com efeito, no Brasil, a força da tradição em relação à (ausência de) autonomia por parte do ministério público (“oportunidade da ação penal”) evidenciou-se quando se debateu a transação penal referente à suspensão condicional do processo.¹⁷⁵ Não era pacífico

172Encontra-se uma investigação mais detida e aprofundada sobre o sistema acusatório, suas variações, desenvolvimento histórico, atributos essenciais e variáveis em: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013. Dessa mesma obra pode-se aferir que há uma característica essencial, sem a qual não se configura sistema acusatório algum: “a presença obrigatória de uma pessoa diferente do juiz, para que exerça o papel de adversário do acusado.” (Ibidem, p. 239) Adiante, no tópico 4.7, retoma-se o tema.

173VOGLER, Richard. **Due process**. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (editores). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 938 e seguintes.

174“Nos EUA, o gênero da *plea bargain* contempla diversos tipos de acordos, todos envolvendo o reconhecimento de culpa (*guilty plea*) ou o compromisso de não contestar a imputação (*plea of nolo contendere*). São duas modalidades básicas: na *charge bargain* (ou *charge concession*) as partes podem acertar a exclusão de determinadas imputações antes (*screen out*) ou após (*nolle prosequi*) o oferecimento da denúncia, em troca da colaboração do imputado; na *sentencing bargain*, pode ser negociada, com a participação do juiz, a sanção a ser imposta. Também é comum a aplicação mista das duas formas, com o descarte de alguma(s) imputação(ões) e a negociação da pena.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada...**, p. 263) Demonstrando o mesmo entendimento: CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada...**, p. 221 e 222. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada*. **Fides**, Natal, vol. 6, n. 1, p. 164, jan.-jun. 2015, p. 165.

175“Na nossa tradição, portanto, a atividade de persecução penal sempre foi vista como obrigatória e vinculada, com pouca margem de discricionariedade aos órgãos encarregados de sua aplicação. A *justiça penal negociada*, que atribui às partes maior disponibilidade na resolução de conflitos penais, foi acolhida apenas recentemente, com a criação, em 1995, dos institutos da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada**, p. 258, destaques originais) Desse modo, poderia ser o peso da tradição um fator que tanto emperra a atualização de paradigma na mente de alguns juristas ferrenhamente contrários à colaboração premiada.

se o juiz poderia ou não, em não concordando com a decisão ministerial, suplantá-la.¹⁷⁶ Já na tradição anglo-saxã, em face da já mencionada histórica pervasividade da transação penal, as discussões são outras. Devido à ampla oportunidade dos promotores públicos para oferecerem uma transação penal¹⁷⁷, eles passaram a utilizar o *plea bargaining* precipuamente como instrumento de redução da carga processual¹⁷⁸, servindo a discricionariedade ministerial à maximização da eficiência da persecução penal.¹⁷⁹ Não obstante, nos Estados Unidos da América, por exemplo, importante parcela da opinião pública considerou que as sanções

176Atualmente a questão já está pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. Exemplifica-se com trecho de ementa de pertinente julgado. “5. Quanto à pretendida concessão da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), anoto que a jurisprudência da Corte já decidiu que o benefício não é cabível se o Ministério Público, de forma devidamente fundamentada, como no caso, deixa de propô-la e o Juiz concorda com a recusa (HC nº 89.842/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 15/9/06). Desse entendimento, não dissentiu o aresto ora questionado. 6. É pertinente se destacar que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existindo, portanto, direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95 (HC nº 83.458BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 6/2/03; HC nº 101.369/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 28/11/11).” (STF, HC 129.346, 2ª Turma, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 5/4/2016, publ. 11/5/2016) Veja-se que se decidiu não ser tal transação penal direito público subjetivo e, mesmo assim, o juiz pode, se discordar do entendimento do Ministério Público quando este não oferece o *sursis*, manejar o código de processo penal, artigo 28, remetendo os autos ao procurador-geral, para haver uma nova análise do caso.

177A discricionariedade do promotor público, ao menos nos Estados Unidos da América, não é grande apenas quanto à transação penal. Com efeito, “a Suprema Corte americana, no caso *Bordenkirsher v. Hayes* (1978), ao analisar a questão da voluntariedade, concluiu que o Ministério Público, durante as negociações de um *plea guilty* [*confissão de culpa por parte do imputado*], não desbordou dos limites constitucionais ao ameaçar imputar ao réu, caso não aceitasse o acordo, um crime mais grave do que aquele que originalmente lhe seria imputado. Como destacado no voto do condutor do acórdão, da lavra do *Justice Stewart*, desde que o promotor disponha de ‘causa provável’ para crer que o acusado cometeu um crime, a decisão de processá-lo ou não, e de que imputação fazer, de modo geral, repousa inteiramente em sua discricionariedade.” (CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**..., p. 222 e 223)

178“Os membros do ministério público tentam maximizar a dissuasão [*função preventiva da pena*] (ou outros objetivos da aplicação da lei penal), mas estão sujeitos a recursos limitados. Não conseguem denunciar todos os casos possíveis e prosseguir com cada caso até um julgamento pleno [*realizado por jurados e um juiz*]. A absoluta discricionariedade ministerial enseja-lhes selecionar casos com base no retorno marginal de dissuasão e transacionar em outros, com um escopo similar em mente. ‘Esse método de seleção é presumivelmente eficiente pelas mesmas razões que um mercado competitivo tende a ser eficiente’ [...]. Os agentes ministeriais podem reagir a mudanças na demanda por julgamentos, na provisão de serviços jurisdicionais, na necessidade de reprimir determinados crimes ou infratores e em outros fatores, e adequadamente mudar a alocação de recursos entre as diferentes infrações. Semelhantemente a isso, podem adaptar sua vontade de transacionar conforme os custos relativos do julgamento e das transações. Uma regulação nunca consegue ser tão adaptativa e, portanto, resultará em alocação de recursos muito menos eficiente. Assim, a regulação ou a revisão da discricionariedade ministerial, tanto por juízes como por júris, é ineficiente. Apenas a discricionariedade absoluta pode assegurar que a escolha de casos e as decisões via *plea bargaining*, realizadas pelos agentes ministeriais, otimizarão o uso de recursos e maximizarão a dissuasão juntamente a outros objetivos do sistema de justiça criminal.” Traduziu-se do original: “Prosecutors try to maximize deterrence (or the other goals of criminal enforcement) but they are subject to limited resources. They cannot prosecute all possible cases and proceed with each case to a full trial. Absolute prosecutorial discretion allows them to select cases based on the marginal return in deterrence, and settle cases with a similar aim in mind. ‘This selection method is presumptively efficient for the same reasons a competitive market is likely to be efficient’ [...]. Prosecutors can react to changes in the demand for trials, in the supply of trial services, in the need to deter certain crimes or offenders and in other factors, and

resultantes de transações eram muito brandas, e os legisladores, sensíveis à pressão popular, aumentaram as penas em abstrato.¹⁸⁰ Isso, por sua vez, tornou-se moeda de troca nas mãos do órgão acusatório para negociar a formalização de um acordo (fechando um circuito potencializador da utilização do *plea bargaining*): o imputado escolhe entre suportar uma sanção menor, negociada com sua confissão, ou o risco de, após enfrentar um processo judicial, ser condenado a uma pena muito mais grave.¹⁸¹

Uma crítica a esse sistema seria que, mesmo os inocentes, para evitar o risco de um resultado incorreto de julgamento, acabariam por optar pelo *plea bargaining*. Em outras palavras, “confessariam” um crime não cometido para evitar o risco de que o júri viesse a concluir durante a instrução processual que um delito mais grave ocorrera.¹⁸² Não obstante, já se ressaltou alhures que esse inocente que optaria pela barganha estaria em situação ainda pior se não tivesse tal opção, pois só lhe restaria enfrentar exatamente aquilo que o repelia a ponto de escolher a barganha: o arriscado processo e a subsequente e imprevisível decisão dos

*accordingly change the allocation of resources between the different offenses. Similarly, they can adapt their willingness to settle to the relative costs of trial and settlements. Regulation can never be so adaptive and hence will result in much less efficient allocation of resources. Thus, regulation or review of prosecutorial discretion by either judges or grand juries is inefficient. Only absolute discretion can assure that prosecutors' choice of cases and plea-bargaining decisions will optimize the use of resources and maximize deterrence along with other goals of the criminal justice system.” (GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. **Plea-bargaining and prosecution...**, p. 151)*

179 Isso é bem-sabido e, inclusive, reconhecidamente válido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Demonstra-se a seguir. “O arranjo de acusações criminais por meio de acordo entre o membro ministerial e o acusado, às vezes livremente chamado de ‘*plea bargaining*’, é um componente essencial da administração da justiça. Gerido adequadamente, deve ser encorajado. Se todas as acusações criminais fossem submetidas a um julgamento ordinário, os estados e a federação necessitariam multiplicar por muitas vezes o número de juízes e instalações judiciais.” Traduziu-se do original: “*The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called ‘plea bargaining,’ is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.*” (U.S.A. Supreme Court. **Santobello v. New York**, 404 U.S. 257 (1971)) Segundo Richard Posner, “com uma pequena reflexão, concluir-se-á sem surpresa que, em um mundo de recursos escassos, o desperdício deve ser considerado imoral.” Traduziu-se do original: “*with a little reflection, it will come as no surprise that in a world of scarce resources waste should be regarded as immoral.*” (POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**. 5ª ed. New York: Aspen Law and Business, 1998, p. 30)

180 GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. **Plea-bargaining and prosecution...**, p. 150, 153, 158.

181 Também computa-se, como uma razão geral para infratores preferirem fechar um acordo a enfrentar o processo judicial, simplesmente a preservação de tempo e/ou dinheiro (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **The theory of public enforcement of law**. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. (editores) *Handbook of law and economics*. Vol. 1. Elsevier B.V., 2007, p. 435).

182 GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. **Plea-bargaining and prosecution...**, p. 153.

jurados.¹⁸³ Em outras palavras, e note-se bem o fulcro da questão, “para o inocente, o problema não é a oferta de barganha, mas o julgamento imperfeito, que o leva a aceitar a oferta”¹⁸⁴.

De qualquer forma, sem se iniciar qualquer processo, sem produção de provas, sem corroboração das declarações do investigado ou réu, é possível, por meio do *plea bargaining*, sancioná-lo. Certamente é um meio eficiente de diminuir a carga processual do ministério público e do poder judiciário. Quanto à eficiência em condenar culpados e absolver inocentes, restam críticas, elogios e sugestões de aprimoramento surgidas no próprio *common law*, e que não são objeto desta investigação.

3.1.2 Funcionamento e finalidades da colaboração premiada

O instituto da colaboração premiada¹⁸⁵ é uma das quatro “novas técnicas de investigação” (as outras são infiltração de agentes, quebra de sigilo de dados e ação controlada), que objetivam resolver o impasse investigativo que geralmente ocorre na persecução penal à chamada “criminalidade moderna”. Esta, basicamente, define-se pelas características de organização, estabilidade, corporificação de muitos agentes e atividade

183No mesmo sentido, resume Richard Posner, conforme segue. “Contrapartida no procedimento criminal das negociações para a composição no procedimento cível, o *plea bargaining* é criticado tanto por negar ao imputado o direito às garantias processuais como por acarretar penas lenientes. Nenhuma das críticas convence um economista. Se uma transação não fosse, para ambas as partes de um caso criminal, mais favorável do que enfrentar o processo, uma ou outra invocaria seu direito ao processo; portanto, o imputado é compensado por desistir do exercício das garantias das quais seria titular em um processo.” Traduziu-se do original: “*The counterpart in criminal procedure to settlement negotiations in civil procedure, plea bargaining is criticized both as denying the defendant’s right to the procedural safeguards of a trial and as leading to reduced sentences. Neither criticism is persuasive to an economist. If a settlement did not make both parties to a criminal case better off than if they went to trial, one or the other would invoke his right to a trial; hence the criminal defendant is compensated for giving up the procedural safeguards to which he would be entitled in a trial.*” (POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**..., p. 616) Pensa-se não ser necessário ser um economista para conseguir concluir do mesmo modo.

184Traduziu-se do original: “*for the innocent, the problem is not the plea-bargain offer, but the imperfect trial which drives him to accept the offer*” (GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. **Plea-bargaining and prosecution**..., p. 154)

185Segue uma definição bastante esclarecedora. “Compreendida como instituto complexo e poliforme, com híbrida natureza penal e processual, a colaboração premiada é uma técnica de investigação e meio de prova [tecnicamente, meio de obtenção de prova; meio de prova são as declarações do colaborador em juízo; ver nota de rodapé 171] sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados; inserida no ordenamento jurídico como mecanismo de justiça consensual, buscando o ingresso cognitivo dos órgãos de persecução penal no interior de atividades criminosas a partir da ampla confissão e de revelações do colaborador, sendo que a atitude cooperativa advém da expectativa de prêmio consistente em futura amenização da punição, em vista de relevância da informação voluntariamente prestada.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**..., p. 193 e 194)

lucrativa planejada.¹⁸⁶ Portanto, não se consegue mais resumir tal criminalidade à clássica ideia oitocentista de crime com dois sujeitos, ativo e passivo, individuais.¹⁸⁷ Muito menos reprimi-la com os meios comuns de investigação que eram utilizados para investigar os “crimes de dois sujeitos”. Essa situação é a crise investigativa.¹⁸⁸

O Brasil regulou as mencionadas novéis técnicas investigativas na lei 12.850/13. Pode-se afirmar que isso aconteceu não apenas devido à pressão fática das necessidades investigativas, mas também em face da deonticidade do texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, desde que internalizado no Brasil pelo decreto 5.015, de 12 de março de 2004.¹⁸⁹ Conforme texto da lei 12.850/13, que se aproxima bastante das disposições da

186BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência...**, p. 123. Não se confunda a noção de criminalidade moderna, mais ampla, com a de criminalidade organizada, muito embora esta possa encontrar-se inserida naquela. Winfried Hassemer assim tenta delimitar a noção de criminalidade organizada: “é um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos a tendência dos mercados nacionais e internacionais e torna-se portanto difícil de ser isolada (exemplo, o tráfico clandestino de lixo nos países industrializados); compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex. tráfico de drogas, corrupção) e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular; intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex. extorsão de ‘pedágios’ ou ‘seguros’ por organizações criminosas); possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex. Máfia em outros países que não o seu berço); dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.” (HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no estado de direito*. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 2, n. 5, p. 55, jan./mar. 1994, p. 59 e 60) Nessa esteira, criminalidade moderna contrastaria com criminalidade clássica, enquanto criminalidade organizada contrastaria com a chamada criminalidade de massas. Não obstante, conforme Hassemer mesmo reconhece, há âmbitos em que esses dois últimos fenômenos (criminalidade organizada e de massas) unem-se, como no caso do tráfico de drogas (ibidem, p. 67).

187PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada...**, p. 27.

188“ A importância da colaboração surge exatamente nas situações em que os órgãos de persecução penal não lograram obter suporte probatório suficiente para demonstrar a responsabilidade de investigado pelo cometimento dos fatos ilícitos, o que é muito comum quando se trata de criminalidade organizada, compartimentada na sua estruturação e na execução dos atos delituosos, ou então, nos casos em que os organizadores e financiadores do crime não têm nenhum contato com o objeto delitivo ou a execução do fato, o que é corrente nos delitos de tráfico de drogas ou de contrabando e descaminho, nos quais o transportador, conhecido popularmente como ‘mula’ é quem realiza os atos de execução.” (Ibidem, p. 208)

189Nesse decreto consta (artigo 26): “1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. 2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. 3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. 4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção. 5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa

convenção citada, o emprego da colaboração premiada (e das outras técnicas investigativas disciplinadas na lei) não tem amplo espaço, pois restringe-se, conforme dispõe seu artigo 1º, a infrações penais praticadas no âmbito de organizações criminosas ou terroristas ou infrações penais caracterizadas pela transnacionalidade e previstas em tratado ou convenção internacional.¹⁹⁰ Ainda, balizada doutrina aventa que a utilização da colaboração premiada, consoante sua finalidade de superar a barreira probatória, “obviamente, supõe a necessidade, em concreto, de os órgãos investigadores recorrerem ao instrumento de reforço na apuração ante situação de emergência ou bloqueio investigativo pelos métodos tradicionais.”¹⁹¹

Estando claro o limitado âmbito de aplicação da colaboração premiada no Brasil (comparando-se com o amplo âmbito de emprego da barganha no *common law*), deve-se demonstrar outros limitadores ao uso do instituto. Enquanto no *common law* basta uma confissão para haver uma transação penal (finalidade em si do *plea bargaining*), no Brasil, por expressa disposição legal, “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (lei 12.850/13, artigo 4º, § 16).¹⁹² Dessa forma, meramente isso já seria suficiente para ficar claro que uma simples confissão nunca bastará

prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.”

190Hoje não há mais dúvida quanto à aplicabilidade da colaboração premiada a todas as infrações penais eventualmente cometidas no âmbito de uma organização criminosa – “infrações penais correlatas” segundo a lei 12.850/13, artigo 1º, cabeça – e, acrescenta-se, também às correlatas às infrações previstas no artigo 1º, § 2º (que independem da constituição de uma organização criminosa), mas isso já foi objeto de dúvida doutrinária. Quanto a essa questão, corrobora-se o seguinte entendimento. “Há quem entenda que as regras do art. 4º da Lei nº 12.850/13 são aplicáveis exclusivamente ao crime de organização criminosa, e não a todas as infrações penais dela decorrentes. A nosso ver, mesmo para os crimes anteriormente estudados que contam com regramento específico acerca do assunto (v.g., extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas), não há fundamento razoável para se lhes negar a concessão dos benefícios previstos pela Lei nº 12.850/13 se acaso praticados por organizações criminosas, sob pena de esvaziamento da eficácia da colaboração premiada. Ora, se o agente souber que eventual prêmio legal ficará restrito ao crime de organização criminosa, dificilmente terá interesse em celebrar o acordo de colaboração premiada.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 538)

191PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**..., p. 129.

192Já disso pode-se aferir que “o fato de haver colaboração premiada não dispensará jamais uma atividade cognitiva exauriente que demonstre que a tese acusatória é infinitamente mais plausível que a tese defensiva, pois do contrário deverá haver absolvição. Não será imputado ao delatado qualquer ônus sem que se tenha apurado minimamente a pertinência do fato jurígeno ensejador daquele ônus.” (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Criminalidade organizada e justiça penal negociada**..., p. 173)

para, por meio de um acordo de colaboração, se receber uma atenuação de sanções.¹⁹³ No máximo, funcionará como circunstância atenuante, mas isso por força do código penal, artigo 65, inciso III, alínea ‘d’.¹⁹⁴

Na colaboração premiada, a confissão é um requisito, um mero passo, para se iniciar a atividade colaborativa¹⁹⁵, conforme dispõe o artigo 4º, § 14: “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.” Esse dispositivo é um dos fulcros do instituto da colaboração premiada. A partir dele, entende-se que as informações que o colaborador prestar deverão estar acompanhadas de sua confissão quanto à sua participação nas atividades criminosas sobre as quais informará. Não fosse assim, não haveria por que conferir a essas informações a credibilidade atribuível ao conhecimento de quem realmente participou (e, portanto, conhece “a partir de dentro”) da empreitada criminosa sob investigação.

Além da importância do conhecimento pessoal sobre as atividades, há a perspectiva de que seriam de pouca confiabilidade as informações caso quem as prestasse não tivesse de se vincular a elas confessando-se envolvido. Em outras palavras, se fosse possível apenas informar sobre materialidade e autoria de crimes alheios, sempre negando a própria participação, os colaboradores poderiam obter benefícios informando sobre qualquer atividade criminosa de que tivessem conhecimento. O resultado disso seria a deturpação do instituto de delação premiada por meio do seu uso como instrumento para prejudicar concorrentes ou inimigos.¹⁹⁶

Imagine-se, por exemplo, um traficante investigado ou processado que quisesse “colaborar” informando exclusivamente sobre as atividades de um rival (e, ao mesmo tempo,

193 Não obstante, é muito comum encontrar textos confundindo o *plea bargaining* com a colaboração premiada, seja equiparando aquele à modalidade delação desta, seja insinuando que a mera confissão ensejaria a adjudicação de algum prêmio previsto na lei 12.850/13. Ver, por exemplo, MILHOMENS, Eduardo Bruno Avellar; GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Delação premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 166, 168 e 174.

194 No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 520. Ver também verbete sumular 545 do STJ: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.” (Terceira Seção, j. 14/10/2015, publ. 19/10/2015)

195 Isso já bastaria para diferenciar cabalmente a dinâmica da colaboração e a da barganha do *common law*. Ainda, se se tomasse por referência somente a modalidade de colaboração consubstanciada em prestar informações sobre outros agentes criminosos (delação), também se poderia afirmar que “sua distinção diz respeito às consequências do acordo a terceiros: na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção penal, enquanto na delação sua principal função é a incriminação de terceiros” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 117)

196 Ver, adiante, item 4.12.2.

afirmando-se inocente), podendo beneficiar-se, duplamente, com um prêmio pelas informações prestadas e com a possível retirada de um rival do “mercado” disputado. Se as informações prestadas restassem probatoriamente efetivas em face do delatado, os órgãos de persecução criminal ainda teriam de empreender esforços para comprovar a responsabilidade penal do delator, que nunca fora admitida. Seguindo o raciocínio, mesmo se obtivessem sucesso, o “colaborador” ainda teria sua penalização mitigada ou até excluída, e também obteria a vantagem de ter prejudicado seu adversário. Portanto, esse “custo investigativo”¹⁹⁷, coerentemente com a finalidade do instituto de colaboração, deve ser internalizado ao custo de oportunidade¹⁹⁸ para tornar-se colaborador, ou seja, deve ser internalizado na contraconduta (e só dessa forma o imputado poderá ser classificado como colaborador), de modo a garantir tanto uma mínima credibilidade das informações – porque seriam oriundas de alguém que declaradamente participou da atividade criminosa – como a evitação de que tal técnica investigativa seja “manipulada” por falsos colaboradores – evitando que a colaboração se reduza a mera notícia sobre crime exclusivamente alheio.¹⁹⁹

Indo além nas distinções, conforme o colaborador cumpre com seu papel de viabilizar evidências sobre funcionamento e participantes da atividade criminosa investigada, de nenhuma forma vem a ser diminuída a carga de trabalho da polícia, do ministério público ou do poder judiciário. Pelo contrário: ela tende a aumentar bastante. Afinal, serão agregados ao inquérito ou aos autos processuais material de alto valor probatório (advindo de alguém “de dentro” da atividade criminosa) que muito dificilmente seria produzido não fosse pela

197“A discussão sobre o custo pode ajudar a dissipar uma das mais tenazes falácias sobre economia – a de que ela trata de dinheiro. Ao contrário, ela trata do uso de recursos, sendo o dinheiro meramente um crédito relativo a recursos.” Traduziu-se do original: “*The discussion of cost may help dispel one of the most tenacious fallacies about economics – that it is about money. On the contrary, it is about resource use, money being merely a claim on resources.*” (POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**..., p. 7)

198“O custo de oportunidade de um bem é o que você entrega para obtê-lo. Ao tomar qualquer decisão, quem decide deve estar ciente dos custos de oportunidade que acompanham cada movimento possível.” Traduziu-se do original: “*The opportunity cost of an item is what you give up to get that item. When making any decision, decision makers should be aware of the opportunity costs that accompany each possible action.*” (MANKIWI, Gregory N. **Principles of microeconomics**..., p. 5 e 6)

199Nesse sentido, pertinente dar atenção ao que tem a dizer quem está do lado “não estatal” da persecução penal, é dizer, quem trabalha como defensor do imputado que pretende cooperar. Para alcançar a posição de colaborador, “ao contrário do que se poderia imaginar, há uma longa estrada a percorrer. Pensar que o sujeito chega ao órgão competente com meia dúzia de palavras e sai de lá depois de duas horas com o acordo assinado e como herói é desconhecer a realidade. [...] São meses de testes sobre os limites do colaborador e a veracidade dos dados trazidos. As mesmas informações são checadas e rechechadas inúmeras vezes. A mesma pergunta é respondida de diversas formas para ter certeza de que o colaborador não ocultou ou distorceu minimamente a verdade. A exigência sobre dados de corroboração, muitas vezes de difícil resgate, é implacável.” (DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador**..., p. 107 e 108)

colaboração.²⁰⁰ Portanto, a investigação e o processo nunca serão substituídos pela colaboração, nem mesmo se o prêmio do colaborador for a imunidade processual, já que esta só se concretizará se a colaboração for efetiva, o que resultará em muito material probatório sobre outros autores.²⁰¹ Já o contrário dessa crítica possivelmente vazia pode ser afirmado: sem a colaboração premiada, tal qual anteriormente já se afirmou, muitas investigações e ações penais sequer existiriam.²⁰²

3.2 QUATRO ELEMENTOS INELUDÍVEIS DO MECANISMO FÁTICO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Deve-se ter consciência de que a análise econômica do direito não tenciona servir-se *do* direito reduzindo-o a um instrumento da economia, mas, pelo contrário, serve *ao* direito instrumentalizando-lhe o conhecimento econômico.²⁰³ Assente essa premissa, afirma-se que,

200Em sintonia com o que aqui exarado, já se asseverou que os “mecanismos de justiça como o *plea bargaining* [*plea bargaining*] norte-americano, o *patteggiamento* [*patteggiamento*] italiano ou os acordos sobre a sentença penal na legislação alemã, não se confundem com a ‘colaboração premiada’ da Lei 12.850/2013. Isso porque, nesta, o negócio jurídico misto, de natureza processual e penal, envolve não só o reconhecimento do próprio crime, confessando-o, como também a imputação de sua prática a terceiras pessoas. E o prêmio decorre, justamente, desse aspecto de possibilitar punir aqueles que, sem a delação de um dos membros da organização, dificilmente teriam seus delitos descobertos, seriam investigados, processados e punidos.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada**..., p. 140)

201Expressado de outro modo, “homologado o acordo, algum processo tramitará, seja contra o próprio réu cooperante, seja com relação aos demais membros da organização criminosos ou coautores e partícipes.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 124)

202Nessa esteira, questionado sobre eventual excesso nas benesses clausuladas em determinado acordo de colaboração formalizado em 2017, o então procurador-geral da república, Rodrigo Janot, declarou o seguinte. “Embora os benefícios possam agora parecer excessivos, a alternativa teria sido muito mais lesiva aos interesses do país, pois jamais saberíamos dos crimes que continuariam a prejudicar os honrados cidadãos brasileiros, não conheceríamos as andanças do deputado com sua mala de dinheiro, nem as confabulações do destacado senador ou a infiltração criminoso no MPF. Como procurador-geral da República, não tive outra alternativa senão conceder o benefício da imunidade penal aos colaboradores, alicerçado em três fortes premissas: a gravidade de fatos, corroborados por provas consistentes que me foram apresentadas; a certeza de que o sistema de justiça criminal jamais chegaria a todos esses fatos pelos caminhos convencionais de investigação; a situação concreta de que, sem esse benefício, a colaboração não seria ultimada e, portanto, todas as provas seriam descartadas. [...] tivesse o acordo sido recusado, os colaboradores, no mundo real, continuariam circulando pelas ruas de Nova York, até que os crimes prescrevessem, sem pagar um tostão a ninguém e sem nada revelar, o que, aliás, era o usual no Brasil até pouco tempo.” (JANOT, Rodrigo. “Crimes graves”: sem acordo de delação dos irmãos Batista, país seria ainda mais lesado. *Uol*, 23 mai. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br>> Acesso em: 9 nov. 2018)

203“A maioria das análises econômicas consiste em delinear as consequências do assentimento de que as pessoas são, em alguma medida, racionais em suas interações sociais. No caso das atividades que concernem ao direito, essas pessoas podem ser criminosos, membros do ministério público, partes envolvidas em acidentes, contribuintes, coletores de impostos ou trabalhadores grevistas – ou mesmo estudantes de direito.” Traduziu-se do original: “*Most economic analysis consists of tracing out the consequences of assuming that people are more or less rational in their social interactions. In the case of the activities that interest the law, these people may be criminals or prosecutors or parties to accidents or taxpayers or tax collectors or striking workers – or even law students.*” (POSNER, Richard A. **Values and consequences: an introduction to economic analysis of law**, p. 3. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>

pelo menos, quatro elementos amplamente debatidos e empregados nos estudos de análise econômica do direito são encontrados no mecanismo da colaboração processual, desde antes de ela se estabelecer, ou seja, em uma fase de tomada de decisão em prol de encetar uma negociação com os investigadores, passando pela negociação em si (fase “pré-contratual”), até o cumprimento do acordo com sua conseqüente potencialização das investigações. Esses elementos são (1) a ideia de maximização de interesses, (2) a teoria da escolha racional, (3) a função econômica do contrato e (4) a teoria dos jogos. Serão desenvolvidas algumas considerações sobre cada um deles para que haja alguma pré-compreensão necessária à análise do mecanismo da colaboração premiada conforme regulada pela lei 12.850/13.

3.2.1 Maximização de interesses

Como já exposto acima (item 3.1.2), a colaboração premiada é, antes de tudo, uma técnica investigativa. Os investigadores utilizam-na quando ela se mostra necessária para se obter informações essenciais à persecução penal. Informações essas que não seriam alcançadas pelos métodos convencionais de investigação (situação de impasse investigativo). Nessa esteira, é fácil perceber-se o ganho a ser maximizado pelos investigadores: informações sensíveis para uma persecução penal efetiva. Do outro lado, pode-se dizer que os potenciais colaboradores pretendem evitar uma sanção estatal que já puderam antever.²⁰⁴ Buscam, pelo menos, uma diminuição da intensidade da punição, o que também pode vir acompanhado – se houver consenso entre as partes negociais – de flexibilizações das garantias processuais.²⁰⁵

Acesso em: 19 out. 2018) Portanto, pode-se afirmar que “a função da economia nos debates morais e políticos [*e também nos jurídicos, acrescenta-se*] é chamar a atenção para as conseqüências ou implicações que as pessoas desconhecedoras de economia comumente desconsideram. Como você reagirá a essas conseqüências é questão sua. O trabalho básico do economista é lembrar-nos das conseqüências – muito embora nem sempre adversas ou, no mínimo, custosas – de atos ou práticas que, de outro modo, poderíamos julgar distintamente bem ou distintamente mal.” Traduziu-se do original: “*the role of economics in moral and political debate is to draw attention to consequences or implications that people ignorant of economics commonly overlooked. What you do with those consequences is your business. The basic job of the economist is to remind us of the consequences, often though not always adverse or at least costly, of acts or practices that we might otherwise think clearly good or clearly bad.*” (Ibidem, p. 10 e 11)

204Em consonância, também já se afirmou que “a colaboração premiada somente possui efeito concreto se o potencial colaborador tiver receio de ser efetivamente punido.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Duas faces da colaboração premiada...**, p. 256) No mesmo sentido: FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 233.

205Expressado em outras palavras, “o negócio jurídico ‘colaboração premiada’ pode ter por objeto convenções processuais – que digam respeito ao processo e às garantias processuais – ou convenções materiais – que digam respeito à imputação, a pena e/ou efeitos extrapenais.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 54)

Assim, não é difícil conceber que só abririam mão do exercício do seu direito ao silêncio²⁰⁶ e passariam a empreender uma contraconduta (atividade de colaboração) se, com isso, estivessem expectando uma redução de impacto na sua liberdade e até no seu patrimônio, âmbitos em que as sanções penais têm efeito.²⁰⁷

Não se nega que os potenciais colaboradores levam em conta os reveses acarretáveis por uma virada brusca no modo de proceder – abandono da atividade delitiva e da fidelidade ao grupo criminoso para empreender a contraconduta – e pela “profunda antipatia” que será gerada entre os que antes eram seus cúmplices em atividade criminosa. Não obstante, em se decidindo pela colaboração, só resta concluir que o indivíduo, por meio de uma avaliação custo-benefício, optou por maximizar sua liberdade ou seu patrimônio.²⁰⁸ Por exemplo, reduzir tempo de privação de liberdade, suavizar seu modo de cumprimento (regimes) ou diminuir os valores de multas impostas.²⁰⁹

Dessa forma, é possível compreender os prêmios da colaboração como incentivos à contraconduta do investigado²¹⁰, independentemente da valoração emocional ou moral que ele venha a ter sobre a atividade criminosa investigada²¹¹. Em outras palavras, se se pode

206Ver, adiante, item 4.12.1.

207Tem-se o cenário de um contrato oneroso: “o colaborador tem como vantagem a extinção da punibilidade ou a redução ou a conversão da pena, mas, para tanto, terá como sacrifício o dever de colaboração, que implica na renúncia ao *nemo tenetur se detegere*. Por sua vez, a parte contrária terá, em favor da coletividade, a coleta de informações e de elementos de prova sobre o delito, mas, em contrapartida, a sociedade abre mão da punibilidade ou da pena correspondente à redução ou conversão.” (VERÍSSIMO, Carla. **Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 112) Nessa esteira, “para o membro do Ministério Público, é imprescindível que conheça cada página das investigações, dominando todos os fatos e provas já constantes dos autos, para que possa argumentar com o investigado/réu; para este, é importante que saiba negociar, barganhar, apresentando novos fatos e provas, mostrando às autoridades a imprescindibilidade das informações que possui para o efetivo êxito do processo ao final.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 115) Ver, adiante, no item 3.2.3, a importância dos contratos para a cooperação.

208“A experiência e a prática na negociação de quase 70 (setenta) acordos mostra, de modo claro, que a pressionar o agente a formalizar o acordo – muito mais do que a falsa ideia da prisão preventiva, difundida propositadamente pelos delatados – está a certeza da futura condenação (que em algum momento transitará em julgado) e o desbloqueio de seu patrimônio.” (MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática...**, p. 14)

209“Além da liberdade e do patrimônio, há ainda outros interesses igualmente importantes para os agentes, como a imunização de parentes próximos, cuja participação, não raro, é de menor importância e decorrente de solicitações do agente.” (Ibidem, p. 15)

210“O conceito de homem como um maximizador racional de seu interesse próprio implica responderem as pessoas a incentivos – se o ambiente de uma pessoa mudar de tal modo que ela possa aumentar suas satisfações alterando seu comportamento, ela o fará.” Traduziu-se do original: “*The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so.*” (POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law...**, p. 4)

211Afinal, “pessoas racionais baseiam suas decisões em expectativas quanto ao futuro em vez de em arrependimentos sobre o passado.” Traduziu-se do original: “*Rational people base their decisions on expectations of the future rather than on regrets about the past.*” (Ibidem, p. 8) Ver também nota de rodapé n.

descobrir os fins que um potencial colaborador almejaria maximizar, pode-se pretender induzir e estimular sua contraconduta por meio da estipulação dos ganhos, sem se interferir na sua subjetividade, isto é, sem que seja pressuposto um arrependimento íntimo ou psíquico (algo que seria de questionável comprovabilidade).²¹² Em suma, sendo possível delimitar, em cada caso concreto, os fins a serem maximizados por cada “polo” da negociação subjacente ao funcionamento da colaboração premiada, e tendo-se as delimitações (parâmetros) às possíveis condutas a serem empreendidas fixadas pela lei 12.850/13, poder-se-ia perguntar qual versão da teoria da escolha racional seria melhor empregada para explicar, e até antever, a conduta de um agente racional que buscasse maximizar seus fins na arena da colaboração premiada.

3.2.2 Teoria da escolha racional

Uma negociação só se estabelece porque as partes querem maximizar o objeto de algum interesse. Para tanto, cada parte efetuará escolhas racionais. Aí fica ressaltada a importância de uma teoria da escolha racional, tanto pelo seu potencial explicativo como também por eventual caráter preditivo, ou seja, o potencial de permitir que se infira antecipada e corretamente como um agente racional se conduzirá em determinada situação. Entretanto, à partida, é fundamental ficar claro que não existe uma única versão da teoria da escolha racional. Chegou-se mesmo a ser aventado que cada autor que utilizasse tal locução daria forma a sua própria concepção.²¹³ Para se afastar de uma tal indefinibilidade, Korobkin e Ulen escalonaram quatro concepções principais da teoria da escolha racional, da menos

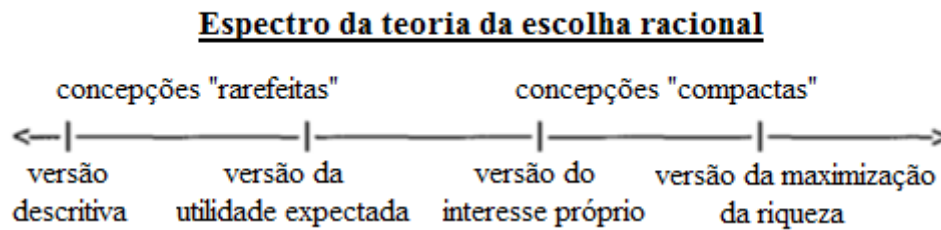
57. Logo adiante, são abordadas diversas concepções da teoria da escolha racional.

212“ A noção de prêmio não é expressão de um valor moral positivo, mas, sim, o reflexo de um objetivo político-criminal; desse modo não responde a uma racionalidade concernente ao valor, mas a uma racionalidade relativa ao propósito. A escolha de campo feita pelo colaborador e que interessa em concreto à investigação é aquela que produz efeitos práticos no plano do esclarecimento dos fatos apurados, e não a que eventualmente possa se operar no aspecto valorativo de abandono da organização criminal em prol dos valores jurídicos estatais, motivo pelo qual o termo mais apropriado para designá-lo seria ‘incentivo’.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada...**, p. 32)

213KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics. **California Law Review**, vol. 88, p. 1051, 2000, p. 1060.

exigente e preditiva à mais detalhada e – por conseguinte – falseável.²¹⁴ Essa exposição foi representada em um simples gráfico, cujas expressões foram traduzidas conforme aparece na figura 1.²¹⁵

FIGURA 1



A versão descritiva²¹⁶ simplesmente afirma que indivíduos racionais conduzem-se de forma a alcançar suas finalidades. Nada tem a dizer sobre quais meios seriam usados nem mesmo sobre quais seriam as finalidades. É uma concepção tão rarefeita que chega a ser infalseável. Afinal, segundo ela, os meios e fins da possível conduta de um indivíduo só seriam conhecíveis após o indivíduo em análise tê-los elegido. Portanto, é uma concepção sem potencial preditivo.

A versão da utilidade esperada (esperada) também nada tem a dizer sobre quais seriam os fins de um agente racional. Porém, uma vez que este os determine, essa versão pretende conseguir apontar quais os meios que ele adotaria. A ideia central dessa concepção é que “quem decide realiza uma análise custo-benefício, explícita ou implícita, de opções concorrentes e seleciona o método ideal para atingir seus objetivos (isto é, o método que maximiza benefícios esperados e minimiza custos esperados, ou maximiza benefícios

214“As diferentes concepções da teoria da escolha racional podem ser compreendidas como pontos ao longo de uma linha conforme quão específicas e precisas são as predições da teoria. No lado esquerdo do espectro estão concepções ‘rarefeitas’ da teoria da escolha racional, isto é, concepções nas quais a teoria é relativamente pouco exigente e nas quais é relativamente fácil que o comportamento dos atores seja consistente com a teoria. No lado direito do espectro, estão as concepções ‘compactas’ da teoria, ou seja, concepções com predições de comportamento mais robustas, que são mais facilmente falseáveis por meio de evidência empírica.” Traduziu-se do original: “*The different conceptions of rational choice theory can be understood as points along a continuum of how specific and precise the predictions of the theory are. On the left side of the spectrum are ‘thin’ conceptions of rational choice theory – that is, conceptions in which the theory is relatively undemanding and in which it is relatively easy for the behavior of actors to be consistent with the theory. On the right side of the spectrum are ‘thick’ conceptions of the theory – that is, conceptions with more robust behavioral predictions that are more easily falsifiable by empirical evidence.*” (Ibidem, p. 1060 e 1061)

215A figura original encontra-se em: ibidem, p. 1061.

216Ibidem, p. 1061 e 1062.

expectados líquidos), sujeito a restrições externas.”²¹⁷ Assim, em se sabendo o que um agente racional pretende maximizar, a versão da utilidade esperada pode prever quais meios seriam escolhidos pelo agente (ou seja, como ele se comportaria).

A versão do interesse próprio²¹⁸, além de ter potencial preditivo sobre os meios a serem escolhidos pelo agente racional, pretende também conseguir determinar algo quanto aos fins: o objetivo do indivíduo seria sempre a satisfação de seu interesse próprio. No entanto, uma vez que pode ser do interesse próprio de alguém satisfazer o interesse de outrem ou mesmo conduzir-se de modo a não violar a esfera de interesses alheia (mesmo que isso acarrete alguma perda à sua própria), se não for empregada uma ideia sobre “interesse próprio” quase plenamente desprovida de empatia, essa locução nada mais seria do que um conceito indeterminado, a receber um significado em cada caso concreto. Dessa forma, a concepção da teoria da escolha racional equiparar-se-ia à versão da utilidade esperada, ou seja, sem potencial preditivo quanto aos fins.

A versão da maximização da riqueza²¹⁹, a mais “compacta” das concepções, baseia-se na ideia de que o agente racional sempre objetivará maximizar seus ganhos financeiros. É uma versão de amplo uso para prever o comportamento de sociedades empresariais. Não obstante, sabe-se que indivíduos têm muitos outros interesses, que podem até competir com o financeiro.

Focando o âmbito da colaboração premiada, podem-se visualizar vários motivos para um indivíduo querer colaborar com a justiça: redução de impacto no patrimônio, na liberdade ou mesmo (não se fazem necessários, mas pode haver) um arrependimento íntimo – também chamado arrependimento psíquico – ou uma vontade de reparar sua imagem perante a família ou amigos. Em sendo cada humano único e inigualável, não há como predeterminar esses motivos. Portanto, as duas versões “compactas” da teoria da escolha racional são estreitas demais para se aplicarem aqui.

Não obstante, pode-se afirmar que, para decidir-se pela colaboração em vez de pelo enfrentamento de uma investigação e de um processo judicial usuais, o indivíduo

217Traduziu-se do original: “*decision makers conduct an explicit or implicit cost-benefit analysis of competing options and select the optimal method of achieving their goals (that is, the method that maximizes expected benefits and minimizes expected costs, or maximizes net expected benefits), subject to external constraints.*” (Ibidem, p. 1063)

218Ibidem, p. 1064 a 1066.

219Ibidem, p. 1066.

perfectibilizará análises de riscos e custo-benefício. E, uma vez iniciada uma negociação, suas finalidades (o que pretende maximizar) serão expostas na confecção do acordo. Conhecidos (*a posteriori*, portanto) os objetivos, pode-se então racionalmente avaliar e especular sobre os meios. Dessa forma, a versão da utilidade expectada (esperada) encaixa-se perfeitamente na tarefa de compreender a conduta do potencial colaborador e também a do já em atividade.²²⁰ Logo, é possível prever algo sobre o comportamento dos potenciais colaboradores conforme o grau de confiabilidade da conduta do próprio estado no manejo da colaboração premiada.

3.2.3 Vinculação à cooperação: o contrato

Do ponto de vista econômico, contratos²²¹ são instrumentos para se obter segurança ao se efetuarem transações em um ambiente que envolve promessas, ou seja, em um ambiente composto por riscos de que promessas feitas venham a ser descumpridas.²²² Isso é deveras importante porque muitas transações não se dão imediatamente – como a imediata permuta, no bolicho, de um pacote de erva-mate por dez reais, por exemplo –, e podem mesmo ambas as partes do negócio se obrigarem a prestações que se protraem no tempo – tal qual a compra e venda de uma esperada colheita de erva-mate a ser paga só na época da poda).

Por meio do contrato, o tempo da criação das obrigações pode distanciar-se bastante do tempo de suas execuções, sem que a confiança quanto ao adimplemento fique abalada. Não houvesse a tutela dessa confiança, algo que ocorre com a formalização do contrato, muitas negociações nem sequer aconteceriam, pois os riscos seriam impeditivos.²²³ Além disso, contratos são também fulcrais para implementar transações que dependem de um evento futuro (o qual independe da vontade das partes), já que transações que possam parecer muito vantajosas para ambas as partes *ex ante* podem vir a não mais sê-lo *ex post*.²²⁴

220Congruentemente, já se asseverou que a escolha pela colaboração “é claramente uma escolha racional, à luz de um cálculo utilitarista de custos e benefícios.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**..., p. 59)

221Não há como negar a contratualidade do acordo de colaboração, vez que se trata de um negócio jurídico processual. Nessa esteira, “surge mais clara a interdisciplinaridade, incidindo diversas normas do direito contratual em âmbito que antes lhe era completamente estranho (por exemplo, noções de proposta, aceitação, interpretação dos contratos etc.), ainda que com particularidades.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**..., p. 62)

222COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012, p. 283. SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 296 a 298.

223COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 285.

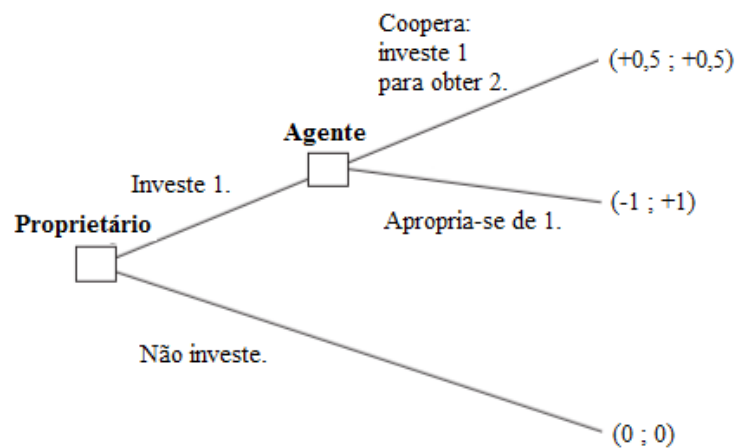
224“A eficiência econômica usualmente requer que se execute [*que se faça cumprir*] uma promessa se ambos o promitente e aquele a quem se prometeu quiseram a executoriedade [*que a promessa fosse obrigatória*] quando ela foi realizada.” Traduziu-se do original: “*Economic efficiency usually requires enforcing a promise*

Por fim, o contrato também é útil quando se lida com negociações em que há informações “ocultas” para alguma parte, pois, por meio dele, podem-se obter essas informações ampliando-se garantias para a parte que eventualmente venha a ser prejudicada pela omissão em revelar (*disclose*). Assim, contratos funcionam também como mecanismos reveladores de informação.²²⁵

Resumem-se, até aqui, as vantagens aportadas pelo contrato às negociações da seguinte forma: ele consubstancia uma garantia contra o risco de um contratante atuar de forma a obter alguma vantagem sobre a outra parte violando o que foi combinado. Se tal ocorrer, brande-se o contrato, e o estado intervém na relação para retificá-la.²²⁶ Aproveitar-se-á um exemplo simples dado por Cooter e Ulen para demonstrar como o mecanismo funciona. Eles chamam-no de *agency game*, ao qual referir-se-á aqui por “esquema da negociação”.

FIGURA 2

Esquema da negociação **sem** contrato.



if the promisor and promisee both wanted enforceability when it was made.” (Ibidem, p. 283) “Se for permitido a uma parte revisar *ex post* os termos do contrato que restou-lhe ruim, mas com o qual ela concordara livremente, poucos contratos serão realizados.” Traduziu-se do original: “*If a party for whom a contract to which he freely agreed turns out badly is allowed to revise the terms of the contract ex post, few contracts will be made.*” (POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**..., p. 8)

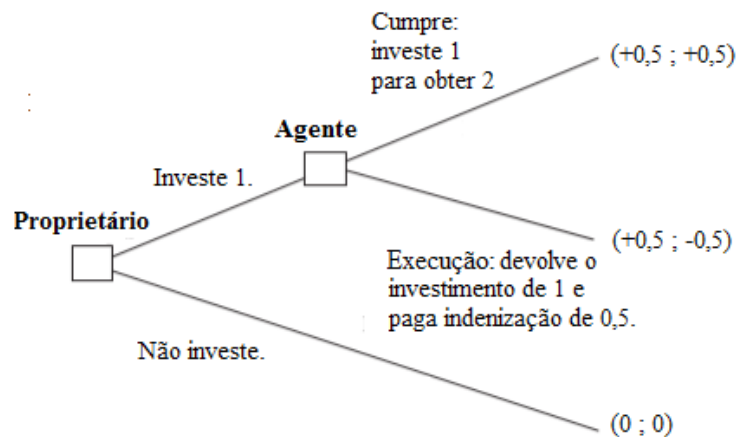
²²⁵COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 360 e 361.

²²⁶“No âmbito mais geral, as partes formalizam contratos quando têm necessidade de planejar. Elas querem que contratos venham a ser executados para garantir que os pagamentos prometidos sejam adimplidos e para evitar comportamento oportunista que, de outro modo, poderia ocorrer durante o curso da relação contratual, impedindo a realização de seus planos.” Traduziu-se do original: “*At the most general level, parties make contracts when they have a need to make plans. They want contracts enforced to ensure that promised payments are made and to prevent opportunistic behavior that otherwise might occur over the course of the contractual relationship and stymie fulfillment of their plans.*” (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Economic analysis of law**. In: AUERBACH, Alan J.; FELDSTEIN, Martin (editores). *Handbook of public economics*. Vol. 3. Elsevier Science B.V., 2002, p. 1705)

Na figura 2²²⁷, há uma situação hipotética na qual não há a garantia consubstanciada por um contrato²²⁸, e alguém tem uma quantidade de dinheiro que pode ficar inerte ou ser investida em uma agência financeira para render. Se o proprietário do capital decidir não investir, ele e o agente financeiro nada ganharão. Se investir, o agente poderá cooperar cumprindo o combinado, do que resultará o crescimento da quantia de 1 para 2. O acréscimo de 1 será dividido entre o proprietário e o agente, resultando em 0,5 a mais para cada um em face das posições iniciais.²²⁹ Porém, o agente também poderá simplesmente não cumprir com sua parte do acordo e apropriar-se da quantia depositada. Dessa forma, ele lucrará mais: 1 em vez de 0,5. E o proprietário perderá tudo, arcando com prejuízo de -1. Vejamos agora, na figura 3²³⁰, como funciona uma negociação amparada por um contrato e seus efeitos ressarcitivo e punitivo.

FIGURA 3

Esquema da negociação **com** contrato.



Se o proprietário investir e o agente cumprir o que foi combinado, cada um terá um lucro de 0,5, da mesma forma que na figura anterior. Porém, dessa vez, a escolha de conduta por parte do agente será influenciada pela presença do contrato, que tornará mais vantajoso para ele cooperar. Afinal, por previsão contratual, se violar o que foi combinado, terá de

227A figura original encontra-se em: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 284.

228“O entrave para um contrato executável pode ser consubstanciado por comportamentos improváveis, litígios custosos ou juízes ruins.” Traduziu-se do original: “*The barrier to an enforceable contract might be unprovable behavior, costly litigation, or bad judges.*” (Ibidem, p. 284)

229Essa é uma solução *win-win* (ganha-ganha). Para se obter essa solução cooperativa, vantajosa para ambas as partes, é necessário um *binding commitment* (compromisso vinculante), como logo adiante se explicitará.

230A figura original encontra-se em: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 285.

ressarcir a quantia investida pelo proprietário e ainda indenizá-lo em 0,5. Disso restará que o proprietário assegurará seu ganho de 0,5, e o agente que não cumprir sua promessa terá prejuízo de -0,5.

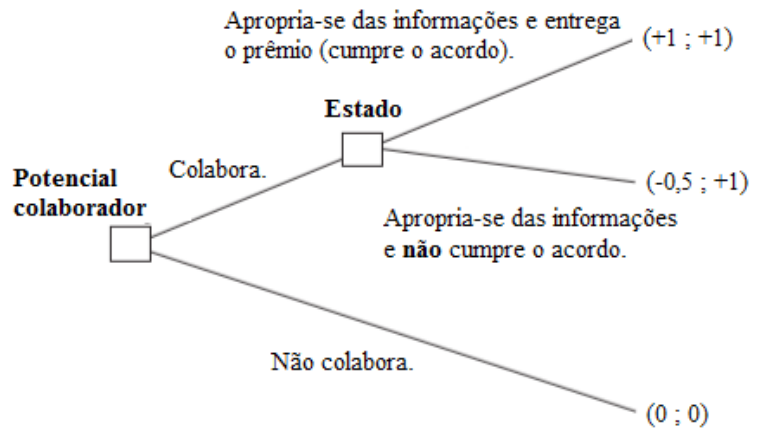
Não é difícil compreender que, sendo o proprietário um indivíduo minimamente racional (toma-se como paradigma a versão da utilidade esperada quanto à teoria da escolha racional), ele não arriscará sua posição inicial – ou seja, não fará o negócio – se não estiver seguro de que não há risco de prejuízo advindo do descumprimento alheio daquilo que combinar com o agente.²³¹ Pois bem, com base no exemplo dado, esboçar-se-á o mecanismo negocial presente na colaboração premiada, destacando-se as adaptações devidas. Afinal, os

²³¹“A figura 2 mostra que o proprietário não investe quando as promessas não são obrigatórias (executáveis). A figura 3 mostra que o proprietário investe, e o agente coopera, quando as promessas são obrigatórias. Portanto, um contrato executável converte um jogo de solução não cooperativa em um jogo de solução cooperativa. A primeira finalidade do direito contratual é capacitar pessoas a cooperarem convertendo jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas.” Traduziu-se (e adaptou-se) do original: “*Figure 8.1 shows that the first player does not invest when promises are unenforceable. Figure 8.2 shows that the first player invests and the second player cooperates when promises are enforceable. Thus, an enforceable contract converts a game with a non-cooperative solution into a game with a cooperative solution. The first purpose of contract law is to enable people to cooperate by converting games with non-cooperative solutions into games with cooperative solutions.*” (Ibidem, p. 285)

ganhos e perdas envolvidos não se resumem a pecúnia, mas envolvem informações sensíveis para uma persecução penal (a serem maximizadas pelos investigadores) e abatimento de punições (a ser maximizado pelo colaborador).²³²

FIGURA 4

Mecanismo negocial da colaboração premiada.



Na figura 4, considera-se neutra a situação do potencial colaborador que decide não colaborar. Ele nada perderá, pois poderá manter o silêncio e enfrentará o processo judicial com todas as demais garantias jurídicas. Nesse caso, qualificou-se a posição dos investigadores também como neutra, pois ela não retrogradará quanto ao material probatório já colhido, mas também não terão eles acesso a informações “privilegiadas”, o que possivelmente acarretará menor impacto na atividade criminosa sob investigação (ou mesmo estagnação da persecução penal).

Se houver efetiva colaboração, os investigadores (estado) terão acesso a material probatório de alta relevância, possibilitando a ampliação da intensidade da resposta estatal em face da atividade criminosa. Essa situação é representada por +1. Já o colaborador, após

²³²É fácil notar, portanto, que “o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico de caráter bilateral e sinalagmático. Assim, contêm a previsão de deveres e direitos contrapostos, tanto para o órgão de persecução penal como para o colaborador.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Duas faces da colaboração premiada...**, p. 264)

perfectibilizar a devida contraconduta, estará satisfeito com o deferimento do prêmio acordado, situação também representada por +1. É uma solução cooperativa²³³, ou seja, com resultado *win-win* (ganha-ganha)²³⁴.

No caso de a contraconduta ser efetivada conforme o acordo previa, e o estado não honrar com sua contraprestação, restará o ganho para a atividade investigativa representado por +1, mas ao colaborador sobrarão apenas a frustração da expectativa criada e os eventuais problemas com os participantes da atividade criminosa que auxiliou a desbaratar. Só não se representará tal situação com -1 porque ao colaborador frustrado ainda restaria o processo judicial com suas garantias (isso, claro, se essas não vierem a ser também indevidamente desconsideradas). Ainda, pode-se divisar que a posição final do colaborador frustrado poderia variar (de -0,5 a -0,1 por exemplo) conforme o tamanho do espólio sobre seus prêmios.

É muito importante ressaltar que essa representação tem a finalidade de evidenciar o mecanismo negocial da colaboração premiada, não criar uma escala empírica para mensurar prêmios e frustrações do colaborador. Ainda, é fundamental lembrar aqui que, quando se escreve que o estado não cumpriu com sua parte do acordo, supõe-se uma situação em que o colaborador efetuou tudo aquilo com que se comprometeu, impactando positivamente na persecução penal (efetividade da colaboração²³⁵), não uma situação em que o prêmio foi reduzido ou mesmo zerado em face da indiligência do pretense colaborador (ineficiência) ou mesmo da pouca ou nenhuma utilidade da contraconduta (ineficácia).

233Ao contrário de eventual opinião arraigada em puro litígio e rigidez formalista, aqui não se afere incompatibilidade do sistema processual penal com soluções cooperativas. Com efeito, “o modelo tradicional é baseado em uma percepção publicista do processo, com praticamente total neutralização da liberdade das partes, vista com certa irrelevância. Por sua vez, o modelo consensual também é um modelo público, pelos valores envolvidos e pelos objetivos que são buscados. Não se trata de ‘privatizar’ o processo penal, pois os valores e os objetivos são nitidamente públicos. De um lado, a proteção da sociedade contra crimes graves, no interesse público de auxiliar na investigação de crimes particularmente gravosos e de difícil investigação (meio de obtenção de prova) e, de outro, melhor proteger os interesses do imputado (que obterá um benefício em razão de sua contribuição e terá sua situação favorecida). Ou seja, os objetivos do modelo consensual são nitidamente públicos, embora resgatem com maior potência a autonomia da vontade do imputado. Não há colidência [*sic*] necessária ou contradição entre o interesse público e a autonomia da vontade, como se, para alcançar aquele interesse, a autonomia tivesse que ser totalmente desprezada.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 69 e 70)

234No mesmo sentido: MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática...**, p. 16. Ainda, Cibele da Fonseca, em investigação orientada pela análise econômica do direito, constatou que “a colaboração premiada pode ser eficiente sob o ponto de vista de Kaldor-Hicks. De fato, os benefícios para a sociedade (ainda que haja uma minoria que com eles não concorde) são superiores aos custos. Da mesma maneira, os benefícios para o colaborador, em determinadas situações, são maiores que as perdas.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 208 e 209)

235Ver, adiante, item 4.1.3.

De qualquer modo, fica evidente que, em ocorrendo tal resultado (“inadimplemento estatal”) em um acordo de colaboração premiada, os agentes racionais interessados, potenciais colaboradores, posicionar-se-ão da forma que lhes for mais proveitosa²³⁶: escolherão enfrentar comumente o processo judicial em vez de empreender uma colaboração.²³⁷ Afinal, é muito melhor unicamente arriscar-se a ser condenado por meio de um processo usual do que desempenhar o encargo da atividade colaborativa, antipatizar-se com os antigos cúmplices e ainda ter de arriscar-se a ser condenado por meio do mesmo processo usual que se tentou inutilmente evitar.²³⁸ Ou, também possível, ter de arcar com uma sanção maior do que aquela justificadamente esperada (caso de entrega de um prêmio menor do que aquele acordado, em que pese a ter sido efetiva a contraconduta).²³⁹

Salienta-se ainda que, no exemplo do esquema da negociação amparada por contrato (figura 3), em havendo descumprimento da promessa por parte de um dos negociantes, é o poder judiciário que é chamado para retificar a situação e entregar ao negociador frustrado o

236“*A decisão judicial realiza simultaneamente duas coisas. Primeiro, ela resolve a disputa entre os litigantes – ‘resolução de disputas’. Segundo, ela guia futuras partes que estão em circunstâncias similares no tocante a como o poder judiciário poderia resolver sua disputa – ‘criação de normas’. A law and economics é útil para resolver disputas, mas é particularmente brilhante em criar normas. De fato, uma questão central neste livro [o qual trata sobre direito e economia, claro] é ‘Como a norma formulada pelo julgador [ou pelo legislador] para resolver uma disputa particular afetará o comportamento de partes similarmente situadas no futuro?’* Traduziu-se do original: “*The court’s decision simultaneously accomplishes two things. First, it resolves the dispute between the litigants – ‘dispute resolution.’ Second, it guides future parties who are in similar circumstances about how courts might resolve their dispute – ‘rule creation.’ Law and economics is helpful in resolving disputes, but it particularly shines in creating rules. Indeed, a central question in this book is, ‘How will the rule articulated by the lawmaker to resolve a particular dispute affect the behavior of similarly situated parties in the future?’ And, ‘Is the predicted behavior desirable?’*” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 5 e 6)

237“*Assim, uma vez que se expanda a moldura referencial para além das partes imediatas do caso, justiça e correção assumem significados mais amplos do que aquilo que é justo ou correto entre este autor e este réu. A questão passa a ser o que seria um resultado justo e correto para uma classe de atividades e não pode ser sensatamente resolvida sem se considerar o impacto futuro das possíveis decisões [...]*” Traduziu-se do original: “*Thus, once the frame of reference is expanded beyond the immediate parties to the case, justice and fairness assume broader meanings than what is just or fair as between this plaintiff and this defendant. The issue becomes what is a just and fair result for a class of activities, and it cannot be sensibly resolved without consideration of the future impact of alternative rulings [...]*” (POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**..., p. 28, destaque original)

238Expressado com outras palavras, tem-se que, “sem qualquer segurança de que o acordo será respeitado, o colaborador não se sentirá estimulado a desproteger-se e assumir diversos riscos, em atenção a uma vantagem que sequer poderá vir a usufruir.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). **Revista Custos Legis**, vol. 4, 2013, p. 32)

239Em julgado paradigmático do Supremo Tribunal Federal, acertadamente consta que “caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiaias estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial.” (STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016, p. 63 do inteiro teor do acórdão). Tal conclusão ampara-se em argumentos normativos de segurança jurídica, proteção da confiança e moralidade. Este capítulo explicita como argumentos empíricos, ressaltados pela análise econômica do direito, também fundamentam essa decisão. O tema é retomado, adiante, no item 3.3.2.

que ele fundamentadamente expectava.²⁴⁰ Já no caso de não entrega dos prêmios ao colaborador que efetivamente cumpriu com sua parte, seria o próprio poder judiciário que lhe negaria exatamente aquilo que o motivou a colaborar. A que outro poder, nesse caso, recorreria o colaborador indevidamente frustrado?

Essa interferência, alheia ao que pactuado, nos resultados expectados por uma das partes consubstancia-se inafastável desincentivo à parte afetada.²⁴¹ O risco dessa interferência também enforma a decisão de qualquer outro agente racional que vier a ocupar posição semelhante à de quem foi afetado. Afinal, “uma pessoa racional não negociará voluntariamente para ter prejuízo. Assim, os intercâmbios privados não ocorrerão entre pessoas racionais quando o benefício líquido for negativo”²⁴². Isso acarretaria retração da chance de futuras negociações de colaboração, pois um tal risco sempre será levado em conta antes de tudo por qualquer potencial colaborador. Será, portanto, o próprio estado, nomeadamente os juízes, por meio de cada uma de suas decisões pertinentes ao mérito de uma colaboração, que tornará esse risco desconsiderável ou suficiente para se consubstanciar um impeditivo terminal à colaboração premiada.

3.2.4 Teoria dos jogos e o dilema do potencial colaborador

Talvez o exemplo mais famoso utilizado na explicação da teoria dos jogos seja o “dilema do prisioneiro”, que envolve o mecanismo da barganha penal do *common law*. Primeiramente, ressalte-se que o *plea bargaining*, se bem analisado juridicamente, mais difere-se do que se assemelha à colaboração premiada.²⁴³ Não obstante, com fins explicativos,

240Fernando Araújo ressalta a importância do contrato (e sua executoriedade por via judicial) em exatamente desestimular uma estratégia que vise ganhar por meio de *captura oportunista*. A captura resulta em benefícios a uma parte e, concomitantemente, prejuízos a outra. Ainda, o autor afirma que, “na ausência de informação, de incentivos à reciprocidade ou de tutela normativa os contratos tendem a não nascer” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**..., p. 50). Essa compreensão é fulcral para a funcionalidade da colaboração premiada.

241“Tais alterações [*no que acordado e homologado*] causam enorme insegurança jurídica ao colaborador, que, mesmo cumprindo rigorosamente suas obrigações e deveres, não tem a garantia de que os termos fixados e estabelecidos serão integralmente respeitados, mesmo quando já homologado o acordo.” (DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador**..., p. 106)

242Traduziu-se do original: “*a rational person will not voluntarily trade at a loss. So, private exchange will not occur among rational people when the net benefit is negative.*” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 92)

243Ver, acima, tópico 3.1.

proceder-se-á à exposição do mecanismo de escolha estratégica envolvido no mencionado dilema (o mecanismo subjacente, esse sim, pode ser o mesmo).

Imagine-se a seguinte situação.²⁴⁴ Dois suspeitos, que acabam por ser presos preventivamente, têm contra cada um certas evidências de que cometeram graves crimes em coautoria. São evidências, em princípio, insuficientes para resultar em uma devida condenação de 20 (vinte) anos de cadeia para cada, mas suficientes para o órgão de acusação imputar a cada um crime menos grave e obter uma condenação mais leve, de 5 (cinco) anos para cada condenado. Ambos os suspeitos podem melhorar sua situação cooperando com a justiça.

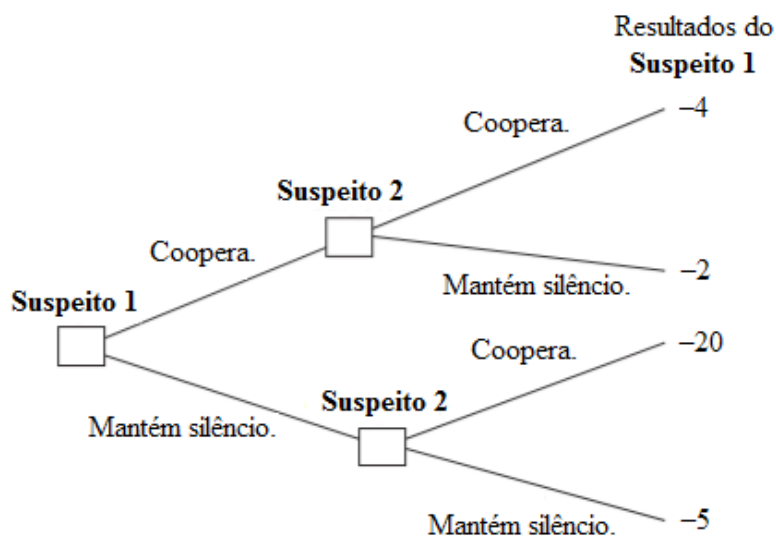
Se só o Suspeito 1 cooperar, isto é, admitir sua responsabilidade quanto ao crime mais grave e delatar seu comparsa (que decidiria manter silêncio), estará colaborando com a justiça e, como recompensa, será sancionado com apenas 2 (dois) anos de cadeia. O Suspeito 2, delatado e não colaborador, receberia sem desconto a maior pena, de 20 (vinte) anos. Se o Suspeito 1 decidir manter silêncio, e o Suspeito 2 decidir colaborar (o que, no caso, implica confessar e delatar), será o Suspeito 1 quem cumprirá 20 (vinte) anos de prisão, e será o Suspeito 2 que cumprirá apenas 2 (dois) anos. Se ambos colaborarem, os dois terão abatimento na maior das penas, e cada um cumprirá 4 (quatro) anos de prisão. Por fim, se

244Reproduzida a partir de: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 34 e 35.

ambos mantiverem silêncio, cada um poderá vir a cumprir 5 (cinco) anos de pena. Cooter e Ulen oferecem um esquema no formato “árvore de decisão” (ou forma ramificada) para aclarar a explicação, o qual é aqui adaptado à hipótese descrita.²⁴⁵

FIGURA 5

Forma ramificada do dilema do prisioneiro.



O raciocínio empreendido pelo Suspeito 1 para decidir o que é melhor fazer, é o mesmo empreendido pelo Suspeito 2.²⁴⁶ Suas posições, portanto, são intercambiáveis. E cada um deles está em sua cela, sem contato com o outro, pensando em como agir.²⁴⁷ Se pudessem

245A figura original encontra-se em: *ibidem*, p. 35. Também pode-se encontrar uma representação desse esquema em forma diversa, denominada “matriz”, em: *ibidem*, p. 34, e PICKER, Randal C. **An introduction to game theory and the law**. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 22, 1994, p. 4. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu>> Acesso em: 19 out. 2018. Nessa última obra citada, encontra-se uma explanação intencionalmente simples e em linguagem leiga sobre elementos da teoria dos jogos.

246“Em um cenário de teoria dos jogos, os protagonistas racionais têm de se preocupar com as ações dos outros – essa é a interdependência estratégica fundamental que a teoria dos jogos aborda. [...] Cenários estratégicos são situações nas quais uma pessoa desejaria considerar como uma segunda pessoa se comportará ao tomar uma decisão, e essa segunda pessoa desejaria fazer o mesmo. Cenários estratégicos tipicamente envolvem dois ou mais tomadores de decisão, bem como a possibilidade de ligar uma decisão a outra, e vice-versa.” Traduziu-se do original: “*In a game-theoretic setting, rational actors need worry about the actions of others – this is the fundamental strategic interdependence that game theory addresses. [...] Strategic settings are situations in which one person would like to take into account how a second person will behave in making a decision, and the second person would like to do likewise. Strategic settings typically involve two or more decisionmakers, and the possibility of linking one decision to a second decision, and vice versa.*” (PICKER, Randal C. **An introduction to game theory and the law**..., p. 2)

247Também repisando, por importante, o fator dificuldade de comunicação entre os protagonistas dessas decisões: PICKER, Randal C. **An introduction to game theory and the law**..., p. 4. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 35. Eventual conluio entre pretensos colaboradores, sob a

se comunicar e continuar a planejar juntos suas atividades, talvez combinassem manter silêncio, e cada um seria condenado a 5 (cinco) anos de prisão. Porém, mesmo nessa hipótese, nenhum contrato formal impediria que, na hora do interrogatório, um deles preferisse diminuir para menos da metade esse tempo (de cinco para dois anos) e viesse a colaborar. Isso renderia 20 (vinte) anos de prisão para o outro.

Tendo de decidir sozinho, cada suspeito concluirá que, (1) se o outro cooperar com a justiça e ele mantiver silêncio, cumprirá vinte anos de pena; (2) se o outro cooperar e ele também, arcará com quatro anos de pena; (3) se o outro mantiver silêncio e ele também, suportará cinco anos de pena; (4) se o outro mantiver silêncio e ele cooperar, cumprirá só dois anos de pena. Assim, cada suspeito percebe que ambos os possíveis resultados da escolha “cooperar” são mais favoráveis do que os possíveis resultados da escolha “manter silêncio”. A opção que, independentemente da opção alheia, lhe retorna resultados mais favoráveis é chamada “estratégia dominante”.²⁴⁸ Logo, nessa situação, cooperar é a estratégia dominante. Esse é um dos mecanismos que torna funcional a possibilidade de colaborar com a justiça mediante incentivos (redução da punição).

Porém, conforme adiantou-se acima, a barganha não se confunde com a colaboração premiada. No dilema do prisioneiro, o prêmio é dado em troca do ensejo de haver cumprimento de pena dispensando-se atividades probatórias ulteriores. A palavra do confesso basta para condená-lo pelo crime mais grave. Já a situação do emprego da colaboração premiada é bem outra. Nela, não se objetiva substituir a atividade probatória; pelo contrário: objetiva-se potencializá-la.²⁴⁹ Conforme a própria disciplina da lei 12.850/13, em seu artigo 4º, § 16, “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”²⁵⁰, nem mesmo, portanto, uma sentença condenatória contra ele mesmo (a colaboração não visa à mera confissão). Portanto, exige-se no acordo que ele colabore efetivamente, de modo a fornecer informações que lastreiam concretamente o conteúdo do seu depoimento.²⁵¹

Ainda, o órgão da acusação, no Brasil, não tem tal amplo espaço de atuação para denunciar um suspeito por crime menos grave do que o cometido apenas porque o material

disciplina da lei 12.850/13, configuraria um acordo inválido, no mínimo, por motivo de simulação (ver, adiante, item 4.11.3), bem como pela violação ao dever de veracidade assumido por quem pretende colaborar com a justiça (ver, adiante, tópico 4.12).

248COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*..., p. 48. PICKER, Randal C. *An introduction to game theory and the law*..., p. 5.

249Remete-se, novamente, ao tópico 3.1.

250Ver, adiante, tópico 4.13.

251Ver, adiante, os itens 4.8.1 e 4.12.2.

probatório é fraco.²⁵² Em não havendo provas suficientes e sendo ofertada a denúncia, os resultados podem ser o não recebimento dela, uma absolvição sumária ou uma absolvição após término de toda a instrução. Portanto, para que um investigado queira colaborar, é de se pressupor que ele anteveja benefícios em fazê-lo. Benefícios, claro, que não seriam obteníveis com o decurso de um processo usual. Caso contrário, ele escolheria esse processo, com todas as suas garantias e alta probabilidade de absolvição.²⁵³ Assim, convém exigir explicitamente no próprio acordo escrito que ele colabore efetivamente, de modo a fornecer informações que lastreiam concretamente o conteúdo do seu depoimento.²⁵⁴

A partir disso, e não se afastando muito da situação analisada acima, imagine-se o seguinte quadro. Dois investigados, no Brasil, têm contra si evidências suficientes para condená-los a até 5 (cinco) anos de prisão cada um. Há indícios de que, com sua atuação, prestavam serviço a uma organização criminosa cujas atividades são muito mais vultosas do que a dos suspeitos, mas nada se conseguiu provar sobre a organização. Cada um dos investigados sabe sobre o outro mais do que os investigadores puderam descobrir e também tem conhecimento sobre as atividades da organização criminosa. Cada um deles, colaborando com a justiça, pode melhorar sua situação futura, reduzindo sua pena para 2 (dois) anos.

O investigado que se tornar colaborador (chamar-se-á de Suspeito 1), para receber os prêmios, terá de efetivamente prestar informações sobre o outro investigado e sobre o resto da

²⁵²Ver, acima, item 3.1.1.

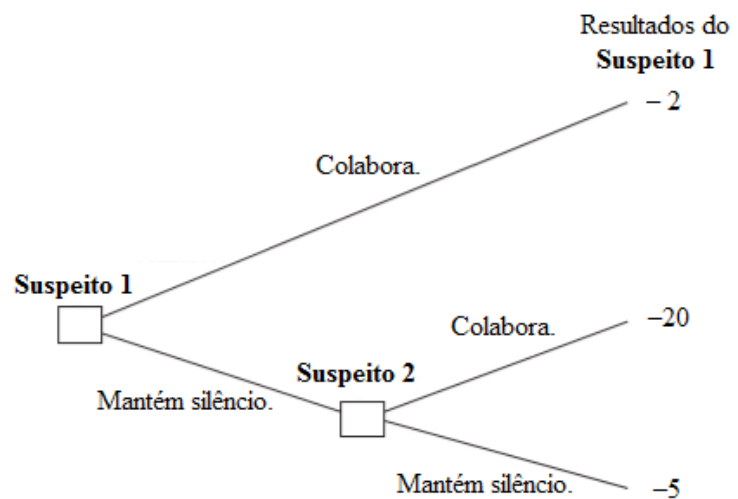
²⁵³Nesse ponto, cabe abordar rapidamente por que poderia haver, no Brasil, a impressão de que os benefícios acordados em crimes de colarinho branco seriam demasiadamente grandes. Segue uma fundada hipótese. “O que, em geral, faz com que os acordos no Brasil tenham benefícios aparentemente mais vantajosos e supostamente muito lenientes é a falta de eficiência do sistema punitivo em relação aos criminosos do colarinho branco. [...] Nesse panorama, a tendência é não se lograr convencer o colaborador e seu advogado a aceitarem restrições muito rigorosas, pois, se assim for, preferirão as vias tradicionais e o processo litigioso, com as diversas possibilidades de impunidade. [...] Assim, a gravidade [ou austeridade] dos benefícios acordados é diretamente proporcional à eficiência do sistema processual.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**..., p. 87) Nessa mesma linha de raciocínio, também já se asseverou que “se, como se cogita atualmente, o STF voltar atrás nesse entendimento [a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário], o instituto [colaboração premiada] estará virtualmente extinto, já que a infinidade de recursos previstos no nosso sistema processual e a demora no trâmite das ações penais representam enormes desincentivos à colaboração [...]” (CAVALLI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada**..., p. 257, nota de rodapé n. 3) Com efeito, “a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil. De nada adianta esperar ato da espécie se não existem boas provas contra o acusado ou se este não tem motivos para acreditar na eficácia da persecução penal.” (MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*..., p. 58 e 59) No mesmo sentido: FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 221.

²⁵⁴Ver, adiante, tópicos 4.10 e 4.13.

atividade criminosa. Uma vez que faça isso, o outro investigado (Suspeito 2) não teria mais, materialmente, igual chance, pois as informações que prestaria já seriam de conhecimento dos investigadores.²⁵⁵ Além disso, sua condenação poderá chegar a 20 (vinte) anos, devido às provas ulteriores, oriundas da colaboração do Suspeito 1. Esboça-se abaixo, em forma ramificada, essa problemática, que se denominará “dilema do potencial colaborar”.

FIGURA 6

Forma ramificada do dilema do potencial colaborador.



Fica evidente que, em se tratando de investigados de um mesmo “nível hierárquico” ou mesma função na atividade criminosa, aquele que colaborar antes colocar-se-á em posição vantajosa em face dos demais. Portanto, a tempestividade pesa na tomada de decisão de um potencial colaborador.²⁵⁶ Ainda, diferentemente do que ocorre no tradicional “dilema do prisioneiro”, o potencial colaborador, dependendo de como decidir agir, pode mesmo neutralizar um possível movimento do outro agente racional. É o caso, acima esboçado, de quando ele colabora exaurindo as informações a serem prestadas. Isso deixa muito evidente qual é a estratégia dominante para um potencial colaborador.²⁵⁷ Lembra-se que tal

²⁵⁵Ver, adiante, tópico 4.6.

²⁵⁶A isso ainda se agregam as vantagens de origem normativa para quem não demorar a se decidir por colaborar: a lei 12.850/13 apresenta pelo menos três distintos limites máximos para os prêmios, em ordem decrescente, conforme a colaboração ocorra antes do oferecimento da denúncia (artigo 4º, § 4º), antes da sentença (artigo 4º, cabeça) ou após esta (artigo 4º, § 5º). Adiante, no tópico 4.6, isso é retomado.

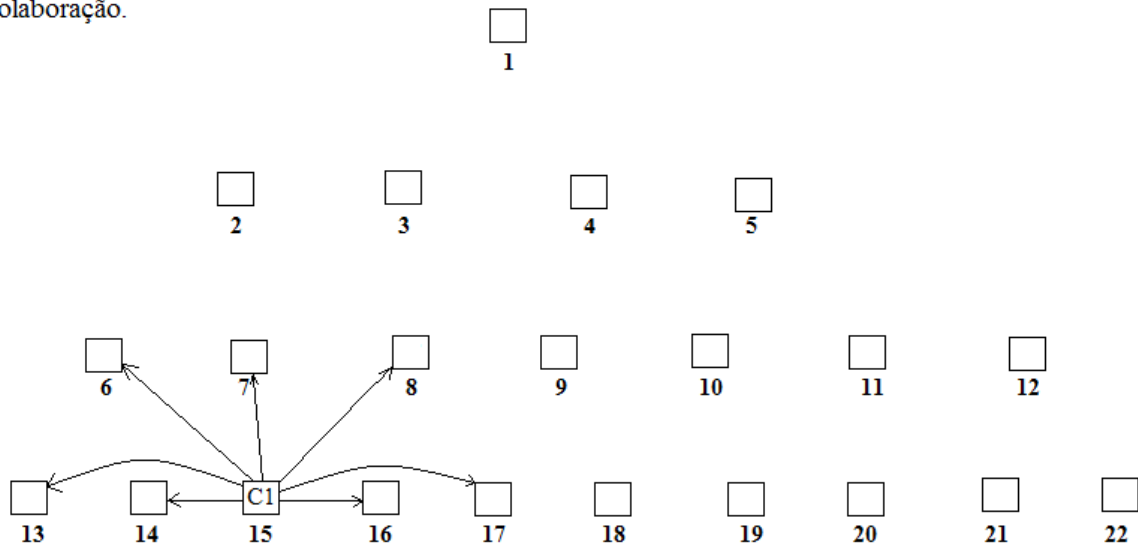
²⁵⁷Salienta-se que, em situação diversa, é dizer, “não havendo nenhuma colaboração premiada, melhor é manter os acordos de silêncio (a omertà). Porque eles dificultam a descoberta de provas (gerando, em regra, a impunidade de todos). É a melhor estratégia para todos os investigados.” (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Criminalidade organizada e justiça penal negociada...*, p. 172) Disso constata-se mais uma vez (ver, acima, item 2.2.4) que o ordenamento jurídico que não enseja oportunidades de colaboração com a justiça acaba por tutelar o crime organizado.

configuração só é possível porque, diferentemente do funcionamento da barganha do *common law*, a cooperação da colaboração premiada não se estabelece para substituir ‘um julgamento com poucas provas jungido ao risco de altas penas’ por ‘uma confissão atrelada a uma pena menor’. Corolário (já mencionado acima): a colaboração premiada visa a possibilitar investigações ulteriores, não substituí-las.

Uma consequência do uso da colaboração para se alcançar provas novas (caso brasileiro) é seu potencial de penetração na antes invisível estrutura da organização criminosa. Afinal, se o colaborador fosse premiado meramente por se admitir responsável (confissão), a investigação correria o risco de se estancar aí. Diferentemente disso, no Brasil (como já se explicitou acima) não há colaboração com base apenas na palavra do pretense colaborador. Dessa forma, outros participantes da atividade criminosa poderão ser implicados. Além disso, nota-se que, a cada vez que uma colaboração se perfectibilizar, eventual novo colaborador estará pressionado a trazer informações totalmente novas para fechar um acordo com os investigadores, pois estes não se contentarão apenas em ouvir o que já sabem. Isso acarreta grande potencial de alastrar a investigação para dentro da estrutura criminosa. Veja-se uma representação disso, a seguir, composta pelas figuras 7, 8 e 9.

FIGURA 7

Resultado da primeira rodada de colaboração.



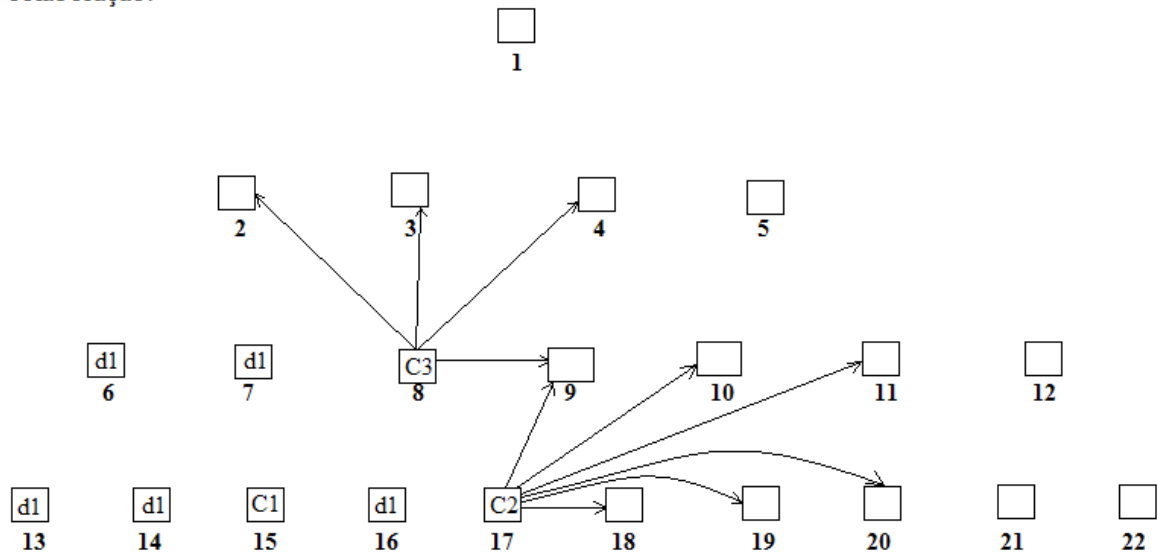
Na figura 7, estão representados os 22 agentes de uma hipotética organização criminosa posicionados conforme a hierarquia e a proximidade entre uns e outros durante o

desempenho das atividades. Ressalta-se que nenhum investigador teria de pronto noção sobre o tamanho e a estrutura da organização. Representa-se assim, de forma já completa e esquematizada, por fins explicativos.

Em se tratando de criminalidade organizada, há voluntariamente certa compartimentação de informações, de modo que, nesse exemplo, os agentes da linha de base (13 a 22) desconhecem qualquer agente da segunda ou da primeira linha (1 a 5) e – ainda com fins exemplificativos – também não têm contato com mais do que quatro indivíduos do mesmo nível hierárquico. Suponha-se que, por meio dos métodos tradicionais de investigação, o estado obtém provas suficientes para condenar o agente 15 por vários crimes. Em havendo a opção de colaborador com a justiça, o agente 15 (agora representado por C1 – colaborador 1) o faz efetivamente, do que resultam provas suficientes para condenar três agentes de quem o 15 recebia tarefas a cumprir e 4 agentes que desempenhavam funções semelhantes às do 15.

FIGURA 8

Resultado da segunda rodada de colaboração.



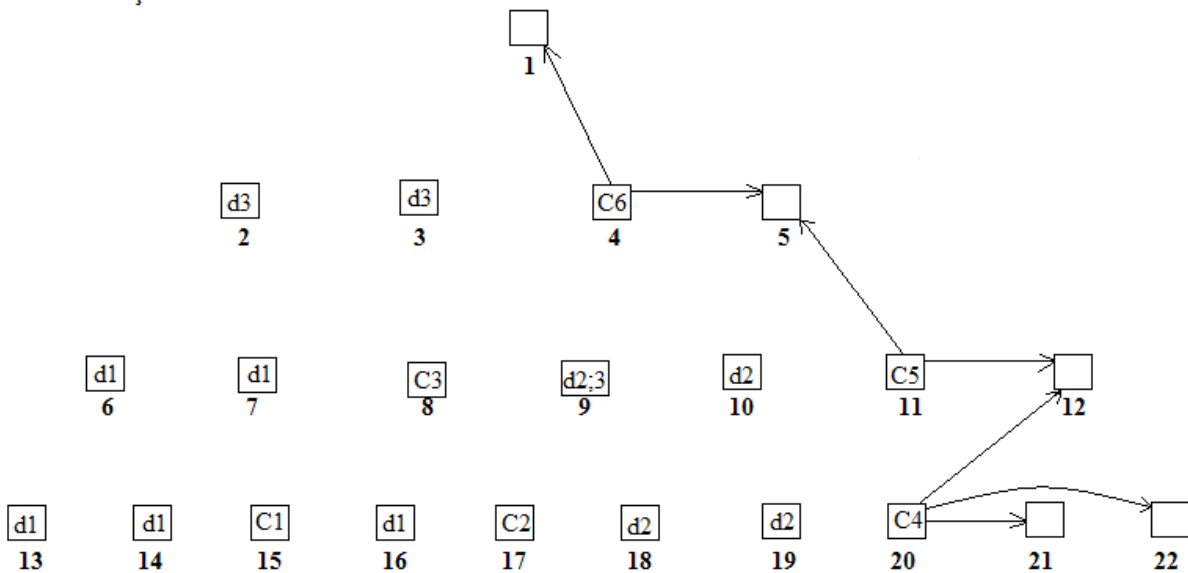
Conforme esboçado na figura 8, objetivando melhorar suas situações, os agentes 8 e 17 adiantam-se e colaboram com a justiça. Os investigadores, compreensivelmente, não terão interesse em negociar prêmios por informações sobre os agentes cujas responsabilidades já foram suficientemente esclarecidas (todos os “d1” – delatados por C1)²⁵⁸, então restaria ao 8 e ao 17 informar sobre outros envolvidos. O agente 17 (agora C2 – colaborador 2) delata os

²⁵⁸Entretanto, nada obsta que também venham a ser aproveitadas informações sobre agentes cujas atividades já sejam conhecidas pelos investigadores, com intuito de reforço do conteúdo probatório.

restantes do mesmo nível hierárquico sobre quem tinha conhecimento e ainda não estavam envolvidos na investigação, e delata também os três agentes de nível hierárquico superior que conhecia e sobre quem ainda não havia provas. O agente 8 (C3 – colaborador 3), da mesma forma, delata um comparsa de mesmo nível e três de nível superior ao dele. Duas colaborações simultâneas implicam o agente 9, o que é usual e até robustece o material probatório.

Nesta etapa, restam poucos agentes a serem descobertos para que todos os indivíduos da organização criminosa sejam imputados, o que sempre causa um natural “empuxo” para que agentes de nível hierárquico cada vez mais alto sejam implicados em eventuais novas colaborações. Imagine-se então que os agentes 4, 11 e 20 escolham colaborar com a justiça. Da contraconduta deles, restam delatados os únicos sobre os quais ainda não havia provas suficientes. Nessa terceira rodada de negociações, o chefe da organização é imputado. Veja-se a figura 9.

FIGURA 9
Resultado da terceira rodada de colaboração.



Nesse exemplo propositalmente genérico e abstrato (fins didáticos), por meio de 6 acordos de colaboração premiada, restaram 22 pessoas responsabilizadas criminalmente e toda uma organização criminosa exposta e neutralizada. Se os investigadores não dispusessem

da técnica da colaboração, a investigação muito possivelmente não teria avançado para além da responsabilização do agente 15.

3.3 DOIS TEMAS PERVASIVOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA, CONFORME REGULADA PELA LEI 12.850/13, A PARTIR DE LENTES ECONÔMICAS

No tópico anterior, houve a demonstração de quatro contributos da análise económica do direito pervasivamente pertinentes à colaboração premiada. Agora passa-se a uma breve e pontual análise de dois tópicos a partir do próprio texto da lei 12.850/13, buscando-se explicitar o que a mencionada abordagem de estudo jurídico pode trazer de contribuição para a interpretação e aplicação dos dispositivos em foco.

A compreensão do mecanismo da colaboração premiada é deveras importante porque, congruentemente com o que ensinam Kelsen e Alexy, norma não se confunde com texto normativo²⁵⁹, e, por conseguinte, enquanto os juízes não determinarem a norma válida a partir da atividade de “preenchimento do quadrado normativo”²⁶⁰, cabe ao hermenauta académico esforçar-se para contribuir explicitando quais seriam as possibilidades normativas e até indicando argumentativamente qual entende ser a mais adequada.

259Na mesma linha de Robert Alexy, este estudo assenta-se no modelo semântico de norma, pois este, “por um lado, é suficientemente firme para formar a base para discussões ulteriores, e, por outro, suficientemente flexível para ser compatível com a maior quantidade possível de decisões no campo do tema mencionado.” Traduziu-se do original: “*einerseits ausreichend stark ist, um die Basis für die weiteren Erörterungen zu bilden, und andererseits schwach genug, um mit möglichst vielen Entscheidungen in dem angedeuteten Problemfeld vereinbar zu sein*” (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte...**, p. 41). Alexy, nessa exposição, referia-se ao campo do tema (ou da problemática) [*Problemfeld*] dos direitos fundamentais, mas, aqui, sem prejuízo, refere-se o da disciplina da colaboração premiada. Explica o autor sobre o modelo semântico conforme segue. “O ponto de partida desse modelo consubstancia-se na diferenciação entre norma e texto normativo. Um exemplo de texto normativo constitui a proposição: (1) Nenhum alemão pode ser extraditado. [...] Essa proposição expressa a norma de que é proibido extraditar um alemão. Ser proibido extraditar um alemão é o que a proposição ‘Nenhum alemão pode ser extraditado.’ significa. Portanto, uma norma é o significado de um texto normativo. Pode-se reconhecer que há de se diferenciar texto normativo e norma a partir [*da constatação*] de que a mesma norma pode ser expressada por meio de diferentes textos normativos.” Traduziu-se do original: “*Den Ausgangspunkt dieses Modells bildet die Unterscheidung zwischen Norm und Normsatz. Ein Beispiel für einen Normsatz bildet der Satz: (1) Kein Deutscher darf an Ausland ausgeliefert werden. [...] Dieser Satz drückt die Norm aus, daß es verboten ist, einen Deutschen an das Ausland auszuliefern. Daß es verboten ist, einen Deutschen an das Ausland auszuliefern, ist das, was der Satz „Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden“ bedeutet. Eine Norm ist damit die Bedeutung eines Normensatzes. Daß zwischen Normsatz und Norm zu unterscheiden ist, läßt sich daran erkennen, daß dieselbe Norm durch verschiedene Normsätze ausgedrückt werden kann.*” (Ibidem, p. 42)

260KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito...**, p. 388.

3.3.1 Assimetria e heurísticas

Poder-se-ia argumentar que, na negociação que precede a formalização do acordo de colaboração, o suspeito estaria em desvantagem em face dos investigadores, já que esses têm maior conhecimento e experiência jurídica e, portanto, saberiam melhor estimar as consequências do que for clausulado. Assim, a racionalidade do potencial colaborador seria muito mais limitada que a da outra parte, mormente em vista da complexidade²⁶¹ e da incerteza (“*ambiguity*”²⁶²) potencialmente presentes na tarefa, o que configuraria grave assimetria de poder de negociação na formação do acordo. A complexidade aqui se entende como resultado das muitíssimas diferentes consequências possíveis a partir de uma simples escolha. Por exemplo, o potencial colaborador pode optar por dispor-se a colaborar, mas sem ter ideia de todas as atividades colaborativas que terá de efetuar após a homologação do acordo. Já a incerteza diz respeito à falta de conhecimento para expectar corretamente a consequência das escolhas. Por exemplo, o colaborador pode achar que conseguirá facilmente corroborar suas declarações, mas nada conhece sobre limites da produção de provas nem sobre o que o poder judiciário poderia vir a considerar prova insuficiente.

Nessa esteira, ao avaliar sua opção de colaborar, o indivíduo leigo provavelmente minaria sua tentativa de maximizar seus interesses utilizando várias heurísticas, que são “atalhos mentais” usados para se obter mais rapidamente uma decisão, desprestigiando a aproximação à realidade.²⁶³ Poderia, por exemplo, usar a heurística da disponibilidade/referência²⁶⁴ ao tomar como critério os resultados do acordo de colaboração de outro investigado, sendo que, em verdade, sua situação não é semelhante à dele. Ou, dando-se outro exemplo, a heurística do excesso de autoconfiança²⁶⁵, ao achar que conseguirá efetuar uma contraconduta altamente efetiva, impulsionado por um infundado otimismo, quando, em verdade, suas possibilidades fáticas são bastante desfavoráveis. A lei 12.850/13 soluciona todas essas questões determinado que um especialista²⁶⁶ ampare todas as tomadas

261KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. Law and behavioral science..., p. 1077.

262Ibidem, p. 1083.

263Ibidem, p. 1075 e 1076.

264Ibidem, p. 1087.

265Ibidem, p. 1091.

266Ao analisar o potencial racional de um indivíduo no âmbito dos negócios jurídicos cíveis, Richard Epstein ressalta a importância da utilização do conhecimento de um especialista ao se tomarem decisões em diversos âmbitos da vida. Ainda, lembra que isso diminuirá as chances de erro, mas nunca as erradicará. “As pessoas que não conseguem entender escolhas financeiras complexas não ignoram suas limitações. Sabendo que não

de decisões do potencial colaborador, ao dispor em seu artigo 4º, § 15, que “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”. Aqui está a garantia contra heurísticas e, conseqüentemente, também o restaurador da simetria na negociação.

Poder-se-ia, quiçá, aferir paternalismo por parte da lei nesse ponto, já que ela não dá brecha para o indivíduo escolher quanto à presença de um defensor, desconsiderando até mesmo eventual vontade sua de diminuir as chances de vazamento sobre a atividade de colaboração.²⁶⁷ No entanto, esse argumento cede quando se lembra que, tendo precipuamente a tarefa do defensor algo de paternalista (patrono, sinônimo de advogado, é aquele que defende, aconselha e direciona), o estado estaria mesmo obrigado a providenciar um defensor ao potencial colaborador caso ele não dispusesse de um causídico particular. Além disso, a presença de um defensor diminui as chances de o poder judiciário vir a negar a homologação do acordo em face de vícios, o que acabaria por diminuir, nessa fase, os “custos de transação” (ir e vir dos termos do acordo até se obter o aval judicial).²⁶⁸ E, importando diretamente à efetividade da colaboração, a tomada de decisão amparada por um especialista afasta uma eventual alegação de “lesão”²⁶⁹ (supostamente sofrida pelo colaborador) que visasse a nulificar o acordo com base na assimetria de conhecimento entre as partes negociais.²⁷⁰

sabem, contratam consultores financeiros ou investem em fundos. E recorrerão a diferentes profissionais se precisarem de ajuda para lidar com a depressão ou escolher um parceiro. Essas certificações de senso comum não funcionam em todos os casos; nem seu emprego reduz a taxa de erro para zero. Mas um esforço consistente protege a maioria das pessoas na maioria das vezes.” Traduziu-se do original: “*The people who cannot figure out complex financial choices are not unaware of their limitations. Knowing what they do not know, they hire financial advisors or invest in mutual funds. And they will turn to different professionals if need help in coping with depression or picking a mate. These common-sense checks against mistake do not work in all cases; nor does their use reduce the error rate to zero. But their consistent tug protects most people most of the time.*” (EPSTEIN, Richard A.; BAR-GILL, Oren. Consumer contracts: behavioral economics vs. neoclassical economics. **New York University Law and Economics Working Papers**, Paper 91, 2007, segunda parte, p. 6) Nesse ponto, a lei simplesmente tornou obrigatória uma medida que, de outra forma, seria apenas “recomendável”.

267Com efeito, encontra-se na doutrina que “somente se poderia cogitar de dispensar a presença do defensor se o investigado expressamente solicitasse o não comparecimento ante a alegação, por exemplo, de receio de vazamento; no entanto a redação do § 15 do art. 4º da Lei 12.850/13 parece não admitir essa hipótese.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada...**, p. 132)

268Desse modo, o artigo 4º, § 15, configura uma fundamentada cautela do legislador, servindo tanto à proteção dos interesses do colaborador como à evitação de ulteriores alegações de nulidade (também defendendo essa última acepção: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas...**, p. 1036. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 147), já que *a priori* adverte os investigadores a não prescindir da presença de defensor quando interagirem com o colaborador ou mesmo quando este depuser ao juízo.

269Ver, adiante, item 4.8.3.

270Não obstante, ainda assim resta aberta a questão da possibilidade de aplicação do código de processo penal, artigo 563, em casos, por exemplo, nos quais o próprio colaborador, após homologação do acordo, tenha dispensado a presença do defensor para prestar um rápido depoimento. Teria sucesso, em tal situação, alegar como prejuízo à defesa do próprio colaborador, o fato de seu defensor estar ausente no ato? Ora, uma vez que

3.3.2 *Self-restraint*, proteção dos contratos e a viabilidade da colaboração

Desde que inicia uma negociação para eventualmente vir a colaborar, passando por todo o período de contraconduta pós-homologação do acordo, o colaborador tem mais expectativas do que certezas quanto à perenização dos benefícios do acordo até que seja prolatada uma decisão judicial que reconheça a efetividade da sua contraconduta. Mesmo no caso de ter sido prometida a imunidade processual, o ministério público não deverá sustentá-la se a contraconduta não restar efetiva tal qual fora acordado.²⁷¹ Dessa forma, durante toda a fase em que presta a colaboração (e até mesmo se já estiver gozando dos efeitos de uma não denúncia ou de um perdão judicial²⁷²), o colaborador, além de fornecer ou indicar, quando possível, elementos probatórios que corroborem a veracidade do que declarar, deve também manter-se disponível para cumprir tarefas nem sempre previsíveis no momento do acordo. É o que se entende do artigo 4º, § 9º, ao dispor que “depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações”. Sem embargo, aqui deve ser feito um breve, mas essencial, esclarecimento. Entende-se que nesse dispositivo há um comum equívoco de redação legal quanto à escolha do verbo com carga deôntica (ordenar, permitir, proibir). Quando se escreve que “o colaborador poderá”, não se está positivando um direito para ele, mas, na verdade, uma obrigação. Quem poderá (terá a permissão ou “o direito” de) requisitar a oitiva do colaborador será o delegado de polícia, o membro do ministério público ou o juiz. O colaborador terá, a rigor, obrigação de se manifestar caso requisitado.²⁷³

esse § 15 e o mencionado artigo 563 têm a mesma hierarquia normativa, conclui-se que restará aos julgadores verificar em cada caso concreto se o alegado prejuízo deve ou não ser reconhecido, sob pena de se forçarem entraves à celeridade processual e mesmo à efetividade da atividade colaborativa caso se pressuponham nulidades pervasivamente.

271 Ver, adiante, tópicos 4.2 e 4.11.

272 Artigo 4º, § 12: “Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.” Esse dispositivo funciona como uma explicação sobre o dever previsto no artigo 4º, § 9º: ele não cessa sequer para quem foi beneficiado pelo perdão das penas ou para quem obteve imunidade processual. Ainda, há uma ampliação desse dever em face do direito de defesa de outros réus (que poderão requisitar oitiva do colaborador) e em face do poder instrutório do juiz. Ver, adiante, tópico 4.10.

273 Adiante, no tópico 4.10, isso é retomado mais detidamente.

Compreendidos os deveres e expectativas do colaborador e evidenciado o natural descompasso temporal entre o cumprimento do que ele prometeu e o cumprimento do que prometeram os investigadores (o estado), percebe-se que toda a atividade que se consubstancia em contraconduta tem fulcro (amparo) unicamente na confiança que o colaborador deposita no acordo. Afinal, além de ter sido celebrado com um servidor público (delegado de polícia ou membro do ministério público) em que já se deposita grande confiança, o acordo fora homologado pelo poder judiciário.²⁷⁴ Dessa forma, o colaborador parte do entendimento de que, se houvesse alguma irregularidade no que se clausulou (desde a forma até a dimensão dos prêmios), o juiz competente teria remetido o acordo para adequação em vez de o homologar.²⁷⁵ Assim, a confiança pode ser entendida como sinônimo de móvel ou amparo para agir – confiança como causa.

Além de poder ser entendida como causa, a confiança pode ser entendida como o comprometimento da posição do colaborador – confiança como consequência. Nessa acepção, Cooter e Ulen ensinam que confiança “é uma mudança, induzida pela promessa, na posição daquele a quem se promete. A mudança aumenta o benefício em caso de adimplemento, bem como o custo da quebra de contrato, o que o torna mais arriscado”²⁷⁶. Trazendo essa noção para a situação do colaborador, assevera-se que seu empenho nas atividades de contraconduta modifica radicalmente sua posição inicial. Afinal, a partir desse empenho, os investigadores passam a ter elementos de prova contra o próprio colaborador e contra outros investigados, que passam a classificá-lo como fonte de problemas. Com essa mudança na posição inicial, o custo de “voltar atrás” (desistir de colaborar) poderá ser insuportável²⁷⁷, do que só restaria ao colaborador diligenciar ao máximo para obter os prêmios almejados.

Anteriormente, no item **3.2.3**, evidenciou-se como uma frustração indevida da fundamentada expectativa do colaborador pode ter um impacto muito destrutivo sobre a funcionalidade da colaboração premiada como técnica de investigação. Agora salientou-se o papel da homologação judicial na ampliação da confiança que o colaborador deposita sobre o acordo com os investigadores. Isso realça a importância do cuidado com que o poder

²⁷⁴Portanto, concorda-se que “não deveria ser concebido que o acordo discutido, negociado, firmado e devidamente homologado ficasse sujeito a alterações e temperanças, o que tem por vezes acontecido.” (DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador**..., p. 195)

²⁷⁵Ver, adiante, item **4.9.1**.

²⁷⁶Traduziu-se do original: “*is a change in the promisee’s position induced by the promise. The change increases the benefit of performance and the cost of breach, which makes the contract riskier*” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 290)

²⁷⁷Ver, adiante, item **4.13.1**.

judiciário deve tratar o que foi acordado e homologado. Também fica claro que, em havendo qualquer discordância com os termos, o momento para serem feitas retificações é antes da homologação²⁷⁸; e não depois, ao arrepio da vontade das partes²⁷⁹. Nessa esteira, apesar de não ter empregado argumentos de empiria, mas jurídico-constitucionais, o Supremo Tribunal Federal produziu elogiável precedente quanto a essa questão (HC 127.483), tratando o prêmio ao colaborador que cumpriu com o que prometeu como sendo direito subjetivo seu.²⁸⁰

Em que pese a nenhum elemento de *law and economics* ter sido explicitamente trazido aos autos no mencionado julgado, é fácil encontrar, no voto do relator, elementos caros a essa abordagem, tais como proteção de expectativas, confiabilidade e confiança, calculabilidade, exigibilidade – por via judicial – do que negociado, e liberdade de decisão. Com efeito, a grave importância de todos esses elementos, presentes no *agency game* ou “esquema da negociação”²⁸¹, é vinculada à postura de *self-restraint* que o poder judiciário deve adotar em face da autonomia das partes para possibilitar a subsistência da cooperação.²⁸²

278Em consonância, colhe-se da doutrina que “a retração prevista no parágrafo 10º do sempre referido art.4º só terá eficácia se manifestada antes da homologação. O desfazimento do acordo homologado dependerá sempre de uma decisão judicial desconstitutiva.” (JARDIM, Afrânio Silva. **Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 36 e 37) No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 551 e 552. Isso é aprofundado adiante, no tópico 4.11.

279Isso é retomado mais detidamente adiante, no tópico 4.9.

280Colhe-se, por bastante pertinente, trecho do que foi decidido. “Caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial. [...] Assim, caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigí-la judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. [...] A segurança jurídica, de acordo com Humberto Ávila, traduz-se na ‘exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis’ (‘confiabilidade’), bem como na possibilidade de o cidadão conseguir prever, com alto grau de determinação (certeza relativa), o conteúdo das normas a que está sujeito (‘determinabilidade’) e, em medida razoável de profundidade e extensão, as consequências jurídicas que serão atribuídas a seus atos e que o ordenamento determina que sejam implementadas (‘calculabilidade’) [...] Finalmente, enquanto a dimensão objetiva da segurança jurídica demanda estabilidade e credibilidade do ordenamento jurídico, sua dimensão subjetiva demanda a intangibilidade de situações subjetivas, com base no princípio da proteção da confiança [...]” (STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016, p. 52 e 53 do inteiro teor do acórdão)

281Exposto, acima, no item **3.2.3**.

282No seguinte excerto, Cooter e Ulen, com alguma descontração, acabam por explicitar a importância da deferência ao que pactuado para que o mecanismo fático da colaboração premiada não se despedace, vez que se trata precipuamente de cooperação. “O chefe de cozinha do *resort* pergunta-lhe se você prefere um cardápio que disponha de frango ou carne bovina para o jantar, ou um que disponha de frango ou carne bovina ou peixe. Talvez você pense consigo mesmo: ‘Uma escolha mais ampla não pode me prejudicar, e provavelmente me beneficiaria.’ Isso é verdade para muitas escolhas em restaurantes, mas é falso para coordenar-se com outros em situações como o ‘esquema da negociação’ [*agency game*]. Você pode ter de se comprometer a não fazer certas escolhas a fim de induzir a outra parte a cooperar com você. Assim é como

Nessa linha, espera-se intensamente que o poder judiciário brasileiro não aja como “um cliente de um *resort*” quando decidir sobre a efetividade de acordos de colaboração e, quanto a esse tema, mantenha o paradigmático precedente da suprema corte (HC 127.483), comprometendo-se a não arrogar para si uma *wider choice* (consubstanciada em intervir no mérito do acordo), pois ela minaria o terreno para a cooperação. Os juízes têm de ter a pré-compreensão necessária sobre o funcionamento da colaboração premiada²⁸³ e decidir com a devida seriedade, de tal forma que não seja desconsiderada a efetividade da contraconduta prometida no acordo, premiando-a tal como os investigadores prometeram e o poder

respondemos à primeira questão do direito contratual: *uma promessa deve usualmente ser executada se ambas as partes quiseram que ela fosse executável [obrigatória] quando foi feita.* O esquema da negociação mostra por que ambas as partes querem a executividade: desse modo o agente pode credivelmente comprometer-se a adimplir, e o outorgante tem confiança suficiente para colocar um ativo sob controle do agente.” Traduziu-se do original: “*The chef at the resort asks whether you would prefer a menu of chicken or beef for dinner, or a menu of chicken or beef or fish. Perhaps you think to yourself, ‘A wider choice cannot make me worse off, and it might make me better off.’ This is true for many restaurant choices, but it is false for coordinating with others in situations like the agency game. You may need to commit not to make certain choices in order to induce the other party to cooperate with you. Here’s how we answered the first question of contract law: A promise usually should be enforced if both parties wanted it to be enforceable when it was made. The agency game shows why both parties usually want enforceability: So the agent can credibly commit to performing and the principal has sufficient trust to put an asset under the agent’s control.*” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 286, destaques originais)

283Pré-compreensão necessária também para que se evitem decisões – no sentido gadameriano – arbitrárias. Nessa esteira, “o que é que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas senão o fato de que no processo de sua execução acabam sendo aniquiladas? A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**..., p. 356) Assente isso, pode-se afirmar que “a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre co-determinada por esta.” (Ibidem, p. 358) Nessa esteira, pode-se dizer que a hermenêutica da colaboração premiada encontra-se sempre codeterminada pelo mecanismo fático desse instrumento persecutório.

judiciário homologou.²⁸⁴ Dessa forma, estar-se-á protegendo não só o colaborador, mas também a efetividade da própria colaboração premiada enquanto técnica investigativa que é.²⁸⁵

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

A colaboração premiada não se confunde com a barganha do *common law*. Enquanto aquela é uma técnica de investigação que visa obter provas essenciais inalcançáveis se não por meio da colaboração de um participante da atividade criminosa investigada, esta consubstancia-se em uma forma de justiça penal consensual por meio da qual uma confissão pode substituir produção de provas, diminuindo a carga processual.

Os sujeitos envolvidos na colaboração premiada são agentes racionais que visam maximizar interesses. Os investigadores, informações essenciais para a persecução penal; os colaboradores, sua liberdade e seu patrimônio.

O acordo de colaboração homologado funciona como um contrato, ou seja, como um instrumento de vinculação à cooperação. Até o final da persecução penal, o colaborador tem meramente expectativas – justificadas, porém – de receber definitivamente os prêmios e, portanto, só perfaz a contraconduta porque confia na execução daquilo que acordou com os investigadores com chancela de validade do poder judiciário.

A análise econômica do direito revela que a manutenção da funcionalidade da colaboração premiada depende de (1) um julgamento de mérito fulcrado na efetividade da

284Isso definitivamente não é mera questão puramente especulativa, pois operadores da colaboração premiada já se ressentem da ocorrência concreta desse problema. Exemplifica-se: “O Judiciário está esquecendo que é um poder inerte e tendendo a ter um papel nas colaborações que contradiz essa natureza dele. Porque o juiz é inerte, não pode se vincular às investigações, inclusive a vinculação psicológica. A lei é inteligente ao dizer que o juiz não negocia o acordo, ele homologa a legalidade do acordo. Se ele não for essencialmente inerte e não for um juiz de legalidade, ele começa a se confundir com o papel do Ministério Público. Isso é um jogo constitucional de freios e contrapesos. O Ministério Público celebra, o juiz faz o juízo de homologação e faz o juízo de se o colaborador cumpriu as condições do acordo. O Judiciário tem que repensar certas decisões, porque elas não são baseadas na melhor técnica e nem são inteligentes para o futuro do instituto (*da delação*). Porque se o colaborador ficar ao alvedrio dos juizes no futuro, ele não vai se sentir incentivado a procurar o Ministério Público para fazer colaboração.” (BRANDT, Ricardo. Decano da força-tarefa deixa Lava Jato atirando contra STF e Congresso. **Estadão**, 25 set. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br>> Acesso em: 25 set. 2018)

285Nessa esteira, deve-se destacar que “viola o dever de proteção não apenas o legislador omissivo, mas também o juiz que dá à legislação interpretação que não assegure a proteção, como aquela que leva a um completo esvaziamento ou impossibilidade de aplicação de normas penais ou processuais penais [...]” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**..., p. 64)

contraconduta e da (2) inoportunidade de intervenção judicial indevida na extensão do prêmio pactuado entre investigadores e colaborador, uma vez que este tenha efetivamente cumprido o que prometeu.

Obrigar o ministério público a acusar, proibi-lo de desistir da ação penal ou retirar a eficácia negocial daquilo que fora acordado com o colaborador que veio a efetivamente cumprir sua parte do acordo, são grandes favores que os legisladores ou os juizes arriscariam prestar aos criminosos de alta hierarquia, pois tais atos jurídicos podem ter um efeito muito similar ao da *omertà* – ausência de colaboração – só que sem custo algum para as organizações criminosas.

A colaboração premiada ensejou as primeiras persecuções penais brasileiras eficientes (com sucesso) contra grandes e complexas organizações criminosas. A indevida desconsideração judicial do que foi validamente acordado entre investigadores e colaboradores poderia torná-las também as últimas.

4 INVESTIGAÇÃO DA NATUREZA DA COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA LEI 12.850/13

Exposta a pervasividade do emotivismo em diversas críticas contra a colaboração premiada e oferecida uma pré-compreensão a partir do mecanismo dessa técnica de investigação segundo perspectiva da análise econômica do direito, passa-se agora ao exame dos principais temas relacionados à colaboração premiada que exsurtem da lei 12.850/13, explicitando-se os pontos de maior controvérsia doutrinária e, quando pertinente, aduzindo-se jurisprudência dos tribunais superiores. Essa tarefa tem como finalidade identificar balizas para esclarecer a natureza processual da colaboração premiada²⁸⁶: meio de obtenção de prova da persecução penal ou instrumento de defesa.

4.1 VINCULAÇÃO DA SENTENÇA AO ACORDO HOMOLOGADO, COLABORAÇÃO EFETIVA E VOLUNTÁRIA, RESULTADOS EXIGIDOS²⁸⁷

4.1.1 O juiz poderá ou deverá? Discricionariedade vs. vinculação

Deve-se ter assente a correta compreensão sobre o verbo “poderá” presente logo no início do transcrito artigo, o qual parece não ter sido esmeradamente redigido. Explica-se. Por um lado, esse dispositivo assenta que, na mesa de negociação entre imputado e

²⁸⁶Quanto à questão da natureza *probatória* da colaboração – tratar-se de meio de obtenção de prova ou meio de prova – o próprio Supremo Tribunal Federal já assentou a discussão. “Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meios de prova, os quais somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.” (STF, Pet 6.138 AgR-segundo, 2ª Turma, relator: Edson Fachin, relator para o acórdão: Dias Toffoli, maioria, j. 21/2/2017, publ. 5/9/2017). Não obstante, nesta oportunidade – investigação sobre a natureza *processual* da colaboração –, é igualmente cabível afirmação lançada em uma perquirição sobre sua natureza probatória: “classificar ou incluir um instituto numa ou outra categoria é relevante, uma vez que determina as normas gerais de regência do instituto.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada...**, p. 128)

²⁸⁷Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, cabeça, que dispõe: “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.”

investigadores, poderão (faculdade) estar presentes o perdão judicial, a redução de pena corporal em até dois terços e também a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. Dessa forma, haverá a possibilidade (faticidade) de que, ao sentenciar, o juiz conceda tais benesses ao colaborador.

De outra banda, não há entender aqui uma discricionariedade judicial.²⁸⁸ É dizer, advindo resultados previstos no acordo de colaboração homologado e efetivamente cumprido, o juízo tem o dever de – “o juiz deverá” – conferir eficácia ao que pactuado.²⁸⁹ Essa interpretação tem firmes fundamentos no mecanismo negocial da colaboração²⁹⁰, entendendo-se que, havendo o colaborador cumprido com sua parte conforme disposto no acordo e atingidos os resultados almejados, descabe ao juiz negar-lhe o benefício acordado. Com efeito, fazê-lo significaria também negar ao delegado de polícia ou ao membro do ministério público real capacidade de negociação e afigurar o estado como incapaz de honrar promessas.

Explicando-se mas detidamente, pode-se destacar ao menos dois principais fundamentos para essa compreensão. O primeiro, estritamente deontológico, diz respeito à segurança jurídica das partes (investigadores e imputado) que compuseram o acordo que veio a ser homologado pelo poder judiciário.²⁹¹ A confiança do colaborador nas palavras e atos do

288Em sentido contrário: GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41. Talvez ainda haja, na interpretação da lei 12.850/13, muita confusão com institutos anteriores de caráter colaborativo na seara penal, os quais não preveem a formalização de um acordo escrito, restando, então, apenas à discricionariedade judicial aplicar ou não eventuais sanções premiais. São hipóteses de colaboração premiada que prescindem de negócio jurídico prévio entre o réu e o órgão de persecução penal, já alcunhadas pelo Superior Tribunal de Justiça de “colaboração premiada unilateral” (STJ, REsp 1.691.901/RS, 6ª Turma, relator: Sebastião Reis Júnior, unanimidade, j. 26/9/2017, publ. 9/10/2017)

289Corroboram esse entendimento: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1275 e 1278. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**..., p. 195. BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal..., p. 369. CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada**..., p. 271. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**..., p. 1031 e 1032. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 125. GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**..., p. 173. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 533 e 553. MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**..., p. 183. MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado..., p. 30. SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63. VERÍSSIMO, Carla. **Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada**..., p. 113 e 119.

290Ver, acima, tópico 3.2.

291Pertinente também lembrar de julgado do Supremo Tribunal Federal, anterior à lei 12.850/13, que embasou a vedação de infundada surpresa a prejudicar o colaborador em um dever de lealdade derivado da moralidade da administração pública. Colhe-se da respectiva ementa que “ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade.” (STF, HC 99.736, 1ª Turma, relator: Ayres Britto, maioria, j. 27/4/2010, publ. 21/5/2010)

estado-investigador e a segurança dessas duas partes negociais provida pelo poder judiciário, que chancelou a validade do ato negocial criando legítima expectativa, não podem ser trucidadas.²⁹²

O segundo fundamento diz respeito à funcionalidade da colaboração premiada enquanto técnica de investigação. É evidente que um imputado – ou mesmo um mero potencial imputado – resolve confessar seus atos criminosos e passar a colaborar com a persecução criminal precipuamente com vistas às sanções premiaias. A denegação de eventual merecido prêmio a um colaborador sinalizará para todos os possíveis interessados que não compensa abrir mão do exercício do seu direito ao silêncio, e, por conseguinte, acordos de colaboração premiada tenderão a não mais serem celebrados, esvaziando de eficácia social os dispositivos que regulam tal instituto.²⁹³

Resta, portanto, avaliar o já mencionado julgado paradigmático do Supremo Tribunal Federal, HC 127.483, que interpreta a lei 12.850/13 como estabelecidora de um direito subjetivo do colaborador ao benefício caso tenha perfectibilizado sua parte do acordo.²⁹⁴ Nessa esteira, no artigo 4º, cabeça, deve ser lido “o juiz deverá”, pois, em verdade, não se trata de decisão discricionária²⁹⁵, tanto por motivos de lealdade do estado como por razões de eficiência oriundas da análise econômica do direito.²⁹⁶

292Corroborando esse mesmo entendimento, já se asseverou o que segue. “Tal vinculação não representa cerceamento à imparcialidade da atividade judicante, mas tão somente a previsão de uma causa legal de extinção [*ou redução, acrescenta-se*] da punibilidade *sui generis*, pois vinculada à homologação do acordo, devendo constar da denúncia para que possa ser considerada quando da sentença. Do contrário, a noção de processo cooperativo restaria esvaziada e haveria um clima de indesejável insegurança jurídica na aplicação do instituto, pois o ministério público não teria como cumprir a sua obrigação no acordo, ante a possibilidade de o juiz não conceder o perdão judicial na sentença. O imprescindível controle judicial sobre a regularidade dessa causa de extinção [*ou redução, acrescenta-se novamente*] de punibilidade deve ser feito quando da homologação do acordo e durante o seu cumprimento. Uma vez homologado e cumprido o acordado sem revogação ou retratação, não há como o juiz retratar-se na sentença.” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 63)

293Ver, acima, item 3.3.2.

294Ver, adiante, tópico 4.2.

295Repisando esse entendimento, colhe-se do voto do ministro Edson Fachin, em importante julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a colaboração premiada, que “o acordo homologado como regular, voluntário e legal gera vinculação condicionada. Condicionada a quê? A que o colaborador cumpra os deveres assumidos na colaboração. No meu modo de ver, não há distância disso para o direito subjetivo do colaborador.” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 336 do inteiro teor)

296Pode-se dizer que, nesse caso, os julgadores terão de optar por uma interpretação literal ou finalística. Ou, também, que partirão de uma teoria jurídica “dogmática” ou de uma “responsiva”, no sentido que tais termos têm no *common law*. “Uma teoria jurídica que frustra a vontade das pessoas afetadas pelo direito pode ser chamada de dogmática. Em contraste, uma teoria jurídica que corresponde à vontade das pessoas afetadas pelo direito pode ser chamada de responsiva. Geralmente, uma teoria responsiva maximiza o bem-estar das pessoas, enquanto que uma teoria dogmática sacrifica o bem-estar das pessoas em favor de outras

Nada disso, cabe salientar, acarreta qualquer restrição ao exercício do poder judiciário, vez que, além de ser ele que homologa o acordo – importante função de controle²⁹⁷ –, também será o poder judiciário que avaliará a efetividade da colaboração ao se concederem os prêmios.²⁹⁸

4.1.2 Vinculação ao acordo e o controverso artigo 4º, § 2º

Na esteira da constatação de vinculação do acordo homologado vista acima, o artigo 4º, § 2º²⁹⁹, o qual dispõe sobre um caso especial de aditamento do prêmio de perdão das penas, também evidencia que o legislador quis reforçar a autonomia das partes negociais, embora tenha como que travado no meio do caminho. Explica-se. Fosse ignorado o mecanismo negocial da colaboração premiada e o totalmente necessário cumprimento do que foi acordado para que essa técnica investigativa mantenha-se funcional³⁰⁰, poder-se-ia aventar que esse “perdão judicial” é uma decisão totalmente conformada ao alvitre do juiz. Nesse caso, descaberia fazer menção, no artigo 4º, § 2º, ao código de processo penal, artigo 28, pois não teria importância uma eventual discordância entre a decisão judicial e o entendimento policial ou ministerial.

finalidades.” Traduziu-se do original: “*A legal theory that frustrates the desires of the people affected by the law can be called dogmatic. In contrast, a legal theory that satisfies the desires of the people affected by the law can be called responsive. In general, a responsive theory maximizes the well-being of people, whereas a dogmatic theory sacrifices the well-being of people in favor of other ends.*” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**..., p. 282) Quanto a esse trecho reproduzido, restariam as seguintes perguntas. Em se descumprindo o acordo para reduzir os prêmios previstos para o colaborador, a quem se poderia estar “satisfazendo”? A alguma sana retribucionista talvez? Se assim fosse, tal satisfação deveria prevalecer em face da eficiência da persecução penal ensejada pela técnica da colaboração?

²⁹⁷Também no caso de acordos que disponham da não denúncia, não resta mitigada a importância da homologação. Até pelo contrário: sua relevância é ressaltada, já que, por ter cada membro do ministério público independência funcional, um acordo efetivamente cumprido poderá vir a ser usado para fulminar eventual denúncia oferecida por outro procurador ou promotor que discorde da não denúncia ou mesmo desconheça anterior acordo. A ficção jurídica da unidade do ministério público não pode servir à erosão da segurança jurídica do colaborador e da efetividade da colaboração premiada enquanto técnica investigativa.

²⁹⁸Nesse mesmo sentido: COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR, Américo. **Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 72. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 39. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**..., p. 88.

²⁹⁹“§ 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).”

³⁰⁰Ver, acima, tópico 3.2.

No entanto, parece que o legislador, nesse ponto, pelo menos “intuiu” que haveria desmoroamento da colaboração premiada se deixasse a critério discricionário do juiz, operador que não participa ativamente da investigação, decidir sobre a premiação conferível a quem com ela colabora. Assim, entendendo o delegado ou o membro ministerial que a colaboração foi efetivamente além do que clausulado no acordo, a respectiva recompensa pode ser alterada “para mais”.³⁰¹ A partir disso, se o juiz entender que o aumento do prêmio não é compatível com a intensificação da conduta, comunicará o órgão superior da polícia ou a procuradoria-geral para que haja uma segunda avaliação, que poderá (1) substituir a primeira, obstaculizando a concessão do perdão, ou (2) confirmá-la, encerrando o debate, conforme expresso no código de processo penal, artigo 28.

Acima escreveu-se que o legislador parece ter “travado no meio do caminho” porque, além de empregar inadequadamente o verbo “poderá” no artigo 4º, cabeça, esqueceu-se de, logo depois, positivar uma salvaguarda (como a aplicação do mencionado artigo 28) contra eventual indevida intervenção judicial no acordo (destaca-se: já homologado³⁰²) entre investigadores e colaborador. Disso restaria uma incoerência: como poderia o órgão judicial ser vinculado a deferir um prêmio maior (no caso de ratificação do aumento premial pela autoridade investigativa revisora), que sequer estava previsto em acordo, enquanto não estaria vinculado a cumprir com as promessas de prêmios reduzidas a escrito num acordo judicialmente homologado?

Resta aos aplicadores do direito empregarem interpretação sistemática. Assim, ou (1) estende-se a aplicação do código de processo penal, artigo 28, aos casos em que o juiz sentenciante não quiser dar efeitos ao mérito do acordo (repisa-se: intervir indevidamente no mérito não é o mesmo que modular o prêmio conforme a efetividade da colaboração³⁰³); ou (2) mantém-se a aplicação do artigo 28 só para a hipótese do artigo 4º, § 2º, enquanto se afere no artigo 4º, cabeça, uma fonte de direito subjetivo do colaborador, ou seja, uma vinculação para o órgão judicial (“o juiz deverá”). Como visto no início deste tópico, essa segunda hipótese afigura-se acolhida em paradigmático precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 127.483).

301Afigura-se mesmo importante que os investigadores tenham essa alternativa para incentivar um colaborador que, em meio ao desempenho de sua conduta, conscientize-se de que pode, queira e efetivamente consiga colaborar mais intensamente do que acordara. Ver, acima, tópico 3.1.

302Ver, adiante, tópico 4.9.

303Ver, adiante, item 4.1.3 e tópico 4.9.

4.1.3 Eficiência, eficácia e efetividade da colaboração – diferenciações

Na lei 12.850/13, encontra-se referência tanto a colaboração eficaz (artigo 4º, §§ 1º e 11) como a colaboração efetiva (artigo 4, cabeça, e § 4º, inciso II), e a doutrina já tem tentado explicar a presença de termos distintos, de diversas maneiras. Há, por exemplo, tanto quem considere se tratar de sinônimos³⁰⁴ como quem entenda que “efetiva” diga respeito simplesmente a uma conduta diligente, independentemente dos resultados, enquanto “eficaz” seria uma conduta que tivesse substancialmente contribuído para a persecução penal³⁰⁵.

Após pesquisar-se além dos manuais jurídicos para apresentar uma contribuição exegética, encontrou-se resposta mais – salvo melhor juízo – adequada na seara da administração (fazendo-se ajustes para a matéria jurídico-penal), âmbito de conhecimento em que já há algum assentamento do emprego dos termos em voga. Primeiramente, devem-se diferenciar três vocábulos vulgarmente tidos como sinônimos: eficiência, eficácia e efetividade.

Eficiência (sem menção na lei) diria respeito simplesmente a uma conduta diligentemente desempenhada, ou seja, é uma qualidade estritamente dos “meios”. O colaborador cumpre tudo aquilo a que se propôs no acordo firmado, bem como mantém permanente disponibilidade para atender ao chamado da justiça sempre que este ocorrer.³⁰⁶

Eficácia (artigo 4º, §§ 1º e 11), por sua vez, é a qualidade da colaboração que alcançou os resultados pretendidos (viabilização da persecução penal), independentemente do grau de diligência empreendido pelo colaborador. Pode-se mesmo ter uma colaboração ineficiente, mas eficaz, como, por exemplo, quando o colaborador é arredo e não prontamente prestimoso a depor e fornecer documentos e informações requeridas, não obstante, mediante muito esforço dos investigadores, acabe por fazê-lo, e a persecução penal obtém sucesso.

Efetividade (artigo 4º, cabeça, e § 4º, inciso II), por fim, é a qualidade da colaboração eficiente e eficaz, é dizer, tanto os meios foram bem desempenhados como os fins foram

304MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**: lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

305SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 57 e 58.

306Conforme previsto no § 9º, o qual é analisado adiante, no tópico 4.10.

alcançados. Dito de outra forma, o colaborador fez diligentemente tudo aquilo a que se propôs no acordo e a persecução penal auferiu resultados úteis a partir disso.

Nessa esteira, como em nenhuma oportunidade a lei condiciona a concessão dos prêmios meramente à eficiência da colaboração, não há como afirmar que a contraconduta seria, via de regra, uma mera “obrigação de meios” e não de resultados. Não à toa, há cinco incisos no artigo 4º elencando objetivos a serem atingidos para que sejam concedidas as benesses pactuadas.³⁰⁷ Mas isso nada contribui para a questão da graduação dos prêmios, a qual terá o julgador de realizar quando da decisão de mérito.

Nesse passo, deve-se atentar para o que pactuado (as cláusulas do negócio jurídico). Se o acordo de colaboração deixar para o juiz uma margem de graduação dos prêmios muito angusta ou mesmo nenhuma, uma vez homologado o acordo, cumprida a contraconduta e utilizadas como prova a palavra do colaborador e outras informações por ele viabilizadas, só restará ao poder judiciário deferir as benesses conforme previstas, independentemente do quanto a contraconduta impactou na persecução penal como um todo.³⁰⁸

Por outro lado, em sendo pactuada uma margem considerável para as sanções premiaias (exemplo: redução das penas pela metade ou até dois terços), o juiz deverá tomar como critério calibrador a efetividade da colaboração, é dizer, analisará tanto a postura colaborativa durante a persecução penal (eficiência) como os resultados desencadeados pela contraconduta (eficácia).³⁰⁹ Nisso poderá considerar, por exemplo, se outros elementos informativos ou mesmo fatos fortuitos, todos alheios à atividade colaborativa, contribuíram

307Harmonicamente, encontra-se na doutrina que, sendo exigida por lei “a eficácia da colaboração, verifica-se que não basta a boa vontade do agente em contribuir, sendo a colaboração uma ‘obrigação de resultado’, por assim dizer, de sorte que somente se os resultados efetivamente forem atingidos é que o colaborador poderá ser beneficiado com os prêmios legais.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado..., p. 9 e 10) Uma rara exceção a essa regra é abordada adiante.

308Essa hipótese não se confunde, de modo algum, com a excêntrica ideia de que “uma vez homologado o termo de homologação pelo magistrado, independente do resultado, deve obrigatoriamente ser concedido o benefício pactuado ao indivíduo colaborador.” (MATTOS FILHO, J. Maurício C.; URANI, Marcelo Fernandez. **Aspectos críticos da colaboração premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 330) Com efeito, extirpar a avaliação da efetividade da contraconduta configuraria a implosão da funcionalidade do instituto enquanto meio de obtenção de prova, assim como a eversão de sua natureza de negócio jurídico processual, vez que afastaria a sinalagmaticidade.

309Portanto, Cibele da Fonseca recomenda que imputado e estado-investigador “façam cálculos prevendo a pena a ser aplicada em tese e negociem uma pena fixa, não dando margem ao julgador para aplicar frações à pena da sentença, o que pode dar ensejo a insatisfações por parte do acusado condenado.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 125)

para a persecução penal de forma a minorar a importância da contraconduta ou mesmo afigurando-a despidianda.³¹⁰

Veja-se que, nessa linha de raciocínio, uma eventual carência ampla de eficiência da colaboração poderia significar mesmo uma postura não colaborativa por parte do imputado, plenamente desservindo como critério para calibrar a concessão dos prêmios, mas sim, como fundamento para constatar uma quebra do acordo.³¹¹

De outra banda, a eficácia – resultados propiciados pela colaboração – e a efetividade – contraconduta diligente somada à eficácia – servirão como critérios para dimensionar os prêmios tanto mais quanto as cláusulas do acordo viabilizarem ajustes dentro de margens (limites mínimos e máximos) previstas.³¹²

Assim sendo, nesta oportunidade, aduz-se ficar claro que o perdão das penas só poderá ser deferido definitivamente após a instrução probatória³¹³, que pressupõe o recebimento da denúncia. Assim, beiraria o absurdo aventar que, uma vez clausulado o perdão das penas em acordo de colaboração, faltaria justa causa na propositura da ação penal, por falta de interesse de agir no aspecto utilidade do provimento.³¹⁴ Aceitar essa ideia seria fazer dessa benesse uma não denúncia³¹⁵, que é um prêmio distinto.

310Pode-se ilustrar essa hipótese com uma situação de sequestro: “caso a vítima escape do cativo ou dele seja libertada por ação de terceiros, de nada terá adiantado a atitude do colaborador e, por isso mesmo, não merecerá os benefícios típicos de sua atitude.” (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 47)

311“Assim, pressuposto da colaboração é que o agente realmente faça o *disclosure* de todos os elementos que possua, sem omissões ou reservas mentais em relação aos colaboradores. Do contrário, caracterizado que o colaborador está mentindo ou omitindo, não será cabível a colaboração e, ainda, poderá ser caso de sua rescisão.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado..., p. 11) Nesse caso, demais elementos de prova – e seus derivados – eventualmente já colhidos a partir da contraconduta do colaborador indiligente, não perderão seu potencial probatório, vez que não é o caso de uma *retratação* unilateral ocorrida antes da homologação nem de uma *rescisão* bilateral (após homologação do acordo, antes da sentença e, claro, com a anuência das duas partes) – conforme adiante, no tópico 4.11, se aprofundará. Expressado com outras palavras, “retratação não se confunde com revogação [*neste estudo tratada, mais precisamente, como rescisão*], que poderá ocorrer quando houver quebra de uma das cláusulas do acordo, com a falta da prometida efetividade na apuração dos fatos ou a delação parcial em juízo.” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 67)

312Em harmonia com o que exarado, transcreve-se o seguinte. “Na fase de julgamento da ação penal, presente um acordo de colaboração homologado, o juiz irá aferir a efetividade da colaboração em face da prova produzida, cotejando os resultados da atividade de cooperação com as obrigações assumidas pelo colaborador, a fim de atribuir a sanção premial correspondente ao grau de efetividade da colaboração.” (CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**..., p. 207)

313Também nesse sentido, já se asseverou que “nada impede, nessa linha de raciocínio, que o juiz absolva o colaborador, considerando, por exemplo, a fragilidade da prova” (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 39) e que “não seja concedido o perdão de pronto, não sem antes se atestar a eficácia da colaboração” (Ibidem, p. 57).

314Em sentido contrário, considerando-o viável: FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**: comentários à lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132.

315Prêmio esse abordado adiante, no tópico 4.5.

Também já se sugeriu parametrizar a contraconduta do colaborador ao arrependimento eficaz (código penal, artigo 15) para defender que a valoração sobre ela tome, como regra, a eficiência em vez de a eficácia (nos sentidos acima delineados), pois “na colaboração premiada a margem de ação do delator frente aos propósitos é mais estreita que no arrependimento eficaz, porquanto depende da atuação e eficácia do comportamento de terceiros”³¹⁶. Não obstante, o arrependimento eficaz (código penal, artigo 15) diz respeito à tipicidade da conduta, que pode não se configurar se impedido o resultado (pelo próprio agente). Já a colaboração premiada vai muito além disso, contribuindo para a persecução penal em sentido amplo, com vistas mesmo a condutas de outros imputados e seus desdobramentos, não sendo cabível tomar um instituto como parâmetro para o outro.

Nessa linha, considerar como regra a avaliação da eficiência (diligência por parte do colaborador) preterindo-se a eficácia (resultados), consubstanciará incentivo a uma colaboração por vezes inútil.³¹⁷ Coerentemente, convém o estado-investigador, por exemplo, exigir explícita e detalhadamente, no acordo, que o colaborador assuma, no que for possível, o ônus de corroborar suas declarações, restando distribuído entre as partes negociais o encargo da eficácia da colaboração.³¹⁸ Disso conclui-se ser totalmente descabido negar-se *a priori* a capacidade do colaborador de influenciar na eficácia da contraconduta.

316 FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 115.

317 Pode-se oferecer o seguinte exemplo para fundamentar a primazia da eficácia sobre a eficiência: “o ato de delação, que propicie o encontro do cadáver da vítima, não contará com a eficácia exigida para a concessão do benefício, ainda que o colaborador a imaginasse viva.” (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 46)

318 Quanto a essa questão, encontra-se na doutrina o seguinte. “No acordo, o colaborador se compromete a *narrar* os fatos e a *apresentar* dados de corroboração, como documentos, e-mails, extratos de dados telefônicos, faturas de cartão de crédito. Em regra, tais informações já são anexadas e disponibilizadas ao Ministério Público – ou à autoridade policial – no instante da assinatura do acordo, a não ser que sua obtenção dependa de diligências posteriores. Portanto, ao acenar com determinado benefício, a autoridade pública já tem posse de praticamente tudo o que o colaborador dispõe, de forma que a *vantagem* oferecida já tem por parâmetro a eficácia da colaboração.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**..., p. 195, destaques originais) Não obstante, apesar de isso poder acontecer “em regra”, é bastante aconselhável que fique patente nas cláusulas do acordo eventuais deveres de corroboração por parte do colaborador. Por um lado, porque não é uma postura segura deste entregar todo o material probatório de que dispõe antes de obter um acordo homologado, sendo compreensível que prefira apenas mencionar certos elementos probatórios durante a negociação. Por outro, porque discorda-se do citado autor citado quando afirma que “a discussão jurídica sobre elementos fáticos é estranha à análise da *efetividade* da colaboração, que se mede no momento do acordo, diante de todo o material apresentado, e somente será revista nos casos expostos de *retratação*, *falsidade* ou omissão *dolosa*.” (Ibidem, p. 199, destaques originais) Com efeito, conforme já exposto, não há óbice algum em distribuir entre as partes negociais o encargo da eficácia da colaboração quando ambas puderem contribuir para a produção das provas.

Por outro lado, tem-se, como exceção, o caso de ocorrer colaboração eficiente que, exclusivamente por responsabilidade das autoridades estatais, resta ineficaz.³¹⁹ Nessa hipótese, mesmo que o acordo deixe ampla margem de apreciação da eficácia ao juízo, este não poderá prejudicar o colaborador por falhas exclusivas do estado-investigador, devendo, nesse caso estritamente, tomar a eficiência como critério prevalente à eficácia para precisar a concessão das sanções premiais.³²⁰ Repisa-se: trata-se de situação excepcional.

Assim, poder-se-ia visualizar uma regra como a seguinte: quando os resultados da colaboração baseiam-se no esforço do colaborador ou mesmo em álea, toma-se a efetividade (eficiência + eficácia) como balizador; se os resultados não ocorrem unicamente por falha do estado, a eficiência será o parâmetro para deferir os prêmios. Por fim, ressalta-se que a efetividade da contraconduta não diz respeito à validade do acordo de colaboração, e sim, à sua *eficácia negocial*³²¹.

319Pode-se oferecer o seguinte exemplo: “se no acordo o colaborador se compromete a apontar o local em que se escondem os produtos e proveitos do crime e, com efeito, oferece o endereço, forma de acesso e cautelas que se devam tomar com dispositivos de segurança do imóvel em que se mantém sob guarda os frutos da atividade delinquencial, caso os policiais incumbidos do cumprimento do mandado de busca e apreensão permitam o vazamento de detalhes da implementação da diligência de modo a fazê-la malograr, o resultado infrutífero não se pode debitar ao colaborador.” (FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada...**, p. 121)

320No mesmo sentido, encontra-se na doutrina o seguinte. “O colaborador não pode ficar à mercê da competência ou incompetência dos responsáveis pela investigação ou dos desdobramentos sempre imprevisíveis do processo apuratório. Se fez sua parte, manteve sua versão e apresentou indícios e elementos reconhecidos como relevantes, fará jus ao benefício, ainda que as apurações não sigam adiante.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF...**, p. 198) Também em consonância, colhe-se da jurisprudência (manifestação do ministro Celso de Mello) o que segue. “O agente colaborador, uma vez cumpridas as obrigações que assumiu no acordo de colaboração premiada, não pode ser prejudicado pela deficiente atuação ou por eventuais ilicitudes cometidas pelos órgãos de persecução penal.” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 97 do inteiro teor do acórdão)

321Tema esse que é aprofundado adiante, no tópico 4.8.

4.1.4 Colaboração voluntária vs. colaboração espontânea

A lei 9.034/95³²², revogada pela 12.850/13, bem como a lei 10.409/02³²³, revogada pela 11.343/06, faziam menção à “espontaneidade” da colaboração. Por outro lado, a atual lei que disciplina a colaboração premiada menciona a voluntariedade. Há quem queira igualar os significados de tais termos³²⁴, mas afigura-se bastante inadequado fazê-lo na seara jurídico-penal.

Com efeito, voluntariedade significa que o pretense colaborador não foi ilicitamente coagido, forçado, ameaçado, para proceder à atividade colaborativa com a justiça. É dizer, a única “ameaça” que embasa sua vontade para colaborar é a cominação legal das sanções penais a que qualquer criminoso está sujeito. Por outro lado, espontaneidade significa que a sugestão de negociar um acordo, ou mesmo o mero conhecimento sobre essa alternativa de defesa, advieram exclusivamente do potencial colaborador ou de seu defensor.³²⁵

Nessa linha, acertou o legislador ao manter a exigência unicamente de voluntariedade na colaboração, abandonando a espontaneidade. De fato, se eventualmente a

322“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.”

323Artigo 31: “§ 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.” Saliente-se que a lei 10.409/02 foi o primeiro diploma legal brasileiro a prever a confecção de um acordo entre o órgão acusador e o pretense colaborador. A formalização desse acordo, avalizada pelo poder judiciário, implica deixar de ser o deferimento dos prêmios mera causa especial de redução de penas, é dizer, ato discricionário do juízo (ver, acima, itens 3.2.3 e 3.3.2). Não obstante, o curto interregno da mencionada lei ensejou que a colaboração premiada só viesse a apresentar na vigência da atual 12.850/13 o potencial investigativo que tem quando dotada de caráter jurídico negocial. Ainda, há quem entenda que, devido ao parcial e caótico veto presidencial que recaiu sobre a lei 10.409/02, seus poucos dispositivos restantes a disciplinar a colaboração premiada teriam, implicitamente, tornado-se juridicamente ineficazes para sustentar sua modalidade específica de colaboração (LEAL, João José. A Lei nº 10.409/02 e o instituto da delação premiada. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 10, n. 118, p. 2, set. 2002, p. 3).

324MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**..., p. 31. SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 56.

325No mesmo sentido: CORDEIRO, Néfi. *Delação premiada na legislação brasileira*..., p. 279. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Criminalidade organizada e justiça penal negociada*..., p. 170. Já em discrepância ao exposto, encontra-se o manejo do termo “espontaneidade” como sinônimo de “sinceridade ou arrependimento” na atividade de colaboração (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 61), com o que não se consegue compactuar. Com efeito, entende-se, por um lado, que a sinceridade do colaborador está vinculada à veracidade do conteúdo de suas declarações, matéria de cunho probatório, não verificável de imediato, e que condicionará a concessão dos prêmios pactuados. De outra banda, o arrependimento psíquico do colaborador ou sentimentos de constrição emocional devidos à conduta criminosa pouco importam para o uso correto e efetivo da colaboração premiada (ver nota de rodapé n. 57 e item 3.2.1).

policia ou o ministério público informarem ao imputado que a lei lhe confere a possibilidade de tentar obter redução de eventuais reprimendas por meio de atividade colaborativa com a justiça, isso em nada configura qualquer aviltamento aos seus direitos fundamentais.³²⁶ Pelo contrário: quer mesmo parecer que esse esclarecimento enseja a melhor concretização de sua ampla defesa.³²⁷

Por um lado, a menção à colaboração premiada não terá o condão de pressionar o imputado a optar por esse instrumento de defesa.³²⁸ Por outro, deve-se destacar, também os investigadores não têm o dever de aceitar celebrar um acordo de colaboração.³²⁹ Essa medida só terá lugar se embasada no acordo de vontades dos dois polos.³³⁰

Nesse ponto, necessário trazer à balha o HC 129.877 do Supremo Tribunal Federal e seu esclarecedor conteúdo, o qual não encontrou perfeita representação no que ementado.³³¹

326No mesmo sentido: CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada...**, p. 220. CORDEIRO, Néfi. **Delação premiada na legislação brasileira...**, p. 280. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 111, 228 e 229. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 531. MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática...**, p. 5. MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado...**, p. 8.

327Com efeito, a colaboração premiada já foi definida também como “uma estratégia defensiva, que deflui diretamente dos princípios da ampla defesa e da autonomia da vontade, ambos com estatura constitucional. [...] deflui da ampla defesa (prevista no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal) que o acusado pode se valer, diretamente (autodefesa) e por meio de advogado (defesa técnica) de todos os meios e recursos concedidos pelo ordenamento jurídico para alcançar o melhor resultado naquele feito. Embora na grande maioria das situações essa ampla defesa se vocacione para contrariar a tese acusatória, visando à absolvição ou ao melhor resultado em um processo litigioso (condenação a uma pena mais baixa), nada impede que a defesa entenda que a colaboração premiada é a melhor estratégia defensiva para aquele que caso concreto.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 59) Também entendendo que a colaboração premiada é um instrumento da ampla defesa: FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 88 e 134. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Déjà vu...**, p. 12. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada...**, p. 75. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2ª ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015, p. 357 e 543.

328No mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado...**, p. 37.

329“A primeira e imediata consequência de se tratar de um negócio jurídico bilateral é que sua celebração não pode ser imposta, seja à acusação, seja à defesa. Há nesse campo a liberdade de negociar, como desdobramento necessário da autonomia da vontade.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 60) Com efeito, “a própria ideia de acordo de colaboração premiada como sendo um negócio jurídico traz intrínseca a consequência de resgate da autonomia da vontade” (Ibidem, p. 67). Assim, assevera-se que a formalização de acordo de colaboração não é direito subjetivo do imputado (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 384) – não se confunda isso com a questão do deferimento dos prêmios a quem colaborou efetivamente (ver, acima, itens 3.3.2 e 4.1.1) –, porquanto depende da discricionariedade do estado-investigador, que avaliará a adequação e a necessidade da medida. No mesmo sentido: COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR, Américo. **Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada...**, p. 65 e 66. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 110 e 169. MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado...**, p. 11.

330Polos esses que não são necessariamente processuais, mas negociais, conforme explicitado adiante, no item 4.3.1.

331Transcreve-se a disfuncional ementa. “DELAÇÃO PREMIADA – ESPONTANEIDADE – VOLUNTARIEDADE. Os vocábulos espontaneidade e voluntariedade são sinônimos. DELAÇÃO

Com efeito, na ementa, oriunda de um julgamento com apenas três ministros, propala-se uma armadilha terminológica que preme pela tomada de tempo e linhas para precaver quem puder vir a ser por ela atrapalhado. O caso trata da aplicação de benefícios penais no bojo da lei 9.807/99, artigos 13 e 14³³², portanto, fora do âmbito de acordos de colaboração e dentro da seara da discricionariedade judicial. Não obstante, como a lei 12.850/13 também traz a exigência da voluntariedade da conduta, bastante necessário repisar que voluntariedade e espontaneidade não se confundem. Talvez, conceda-se, façam-no em um dicionário, mas não no direito penal. Deveras, os demais ministros, Edson Fachin³³³ e Luiz Fux³³⁴,

PREMIADA – PERDÃO JUDICIAL. O perdão judicial, quanto ao crime praticado pelo colaborador, é norteado pelo alcance do que por este veiculado.” (STF, HC 129.877, 1ª Turma, relator: Marco Aurélio, unanimidade, j. 18/4/2017, publ. 1/8/2017)

332“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

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

333Do voto do ministro Edson Fachin. “Permito-me, apenas pontuar, Senhor Presidente, eminente Relator, que, no meu modo de ver, obviamente, com todas as vênias, eis que assim deito um olhar sobre o art. 14 da Lei 9.807, que estamos aqui a examinar, sobre a questão da sinonímia entre voluntariedade e espontaneidade, tenho aí uma simetria com alguma dificuldade, porque o art. 14 refere-se, exclusivamente, ao elemento voluntariedade e, no meu modo de ver, na ausência de previsão legal, a colaboração premiada contenta-se com o critério da voluntariedade, e não, de modo imprescindível, a presença da espontaneidade. Fui verificar na doutrina, há um trecho de Eugênio Pacelli e André Callegari, Manual de Direito Penal, edição 2015, página 298, em que assentam em outro contexto, mas incidente aqui *quantum satis*: ‘A desistência pode ser voluntária,’ – tratava-se aqui de desistência voluntária – ‘porém, pode não ser espontânea, como nos casos de sugestão da vítima ou de terceiro.’ Encontro, também, afirmação, nessa linha, de Guilherme de Souza Nucci na obra sobre ‘Organização Criminosa’, página 55: ‘Quanto à voluntariedade, significa agir livre de qualquer coação física ou moral, embora não se demande espontaneidade’ (...). Portanto, pedindo vênias quanto a essa fundamentação, mas estou acompanhando a conclusão de Vossa Excelência. Só nesta sinonímia que consta da exposição e do voto de Vossa Excelência, eminente Ministro Marco Aurélio, entendo – como o legislador não fez esta indicação da sinonímia, contentando-se com o critério da voluntariedade – ausente da exigência o critério da espontaneidade, ciente de que a matéria é objeto de controvérsia, tanto é que temos aqui já dois olhares distintos. Portanto, à luz dessas circunstâncias, Senhor Presidente, os vocábulos ‘voluntário’ e ‘espontâneo’ não os tenho como sinonímia e essa é a única divergência que aqui pontuo. Acompanho Vossa Excelência na conclusão.” (STF, HC 129.877, 1ª Turma, relator: Marco Aurélio, unanimidade, j. 18/4/2017, publ. 1/8/2017, p. 7 a 9 do inteiro teor do acórdão, destaques originais)

334Do voto do ministro Luiz Fux. “A título de premissas teóricas, cumpre afirmar que os conceitos jurídicos de ‘voluntariedade’ e ‘espontaneidade’ vêm sendo diferenciados, pela doutrina e pela jurisprudência. A espontaneidade seria conceito complexo, a exigir não apenas a voluntariedade do ato como, ainda, a iniciativa do próprio agente, sem intervenção de fatores externos motivadores. É importante pontuar que estes conceitos não surgiram com o instituto da colaboração premiada. Ao contrário, estão previstos, de longa data, em nosso direito penal positivo, caracterizando institutos distintos como, v. g., o da ‘desistência voluntária’ e o da ‘confissão espontânea’, previstos, respectivamente, nos artigos 15 e 65, III, d, do Código Penal, *in*

pertinentemente tentaram auxiliar o relator aduzindo doutrina e jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal que explicitaram a distinção entre voluntariedade e espontaneidade. Não obstante, fez-se constar na ementa doutrina do jurisconsulto *Houaiss* abordada na página 2 do voto do relator.

4.1.5 Cumulatividade de fases da persecução penal e cumulatividade de resultados da contraconduta

Tal ponto não é, ou não deveria ser, causa de grande controvérsia. Em que pese a ter o legislador colocado uma conjunção aditiva (“e”) entre a investigação e o processo, a própria lei deixa bem claro que a colaboração pode dar-se após a sentença (artigo 4º, § 5º), o que abrange inclusive a fase de execução, do que resta compreender que não é necessário colaborar tanto no inquérito policial como no processo, mas sim em qualquer dessas fases, para se obter uma sanção premial. Não seria necessário esforço para evidenciar a monstruosa restrição do cabimento dessa técnica de investigação caso se exigisse que a contraconduta fosse perfectibilizada sempre desde a fase investigatória da persecução penal.

Por outro lado, neste ponto, pode-se entender eventual exigência de cumulatividade de fases como a permanência da postura colaborativa, caso encetada a contraconduta na fase investigatória, durante toda a fase processual.³³⁵ Fácil constatar que minaria a efetividade da colaboração premiar o imputado que confessasse e fornecesse importantes dados para a investigação durante o inquérito policial e se retratasse no processo judicial. Com efeito, isso consubstanciaria mesmo o rompimento do acordo.³³⁶

De outra banda, a lei 12.850/13, ao dispor expressamente, na cabeça do artigo 4º, “um ou mais dos seguintes resultados”, solveu uma antiga dúvida doutrinária, que dizia respeito à exigência ou não da cumulatividade de todos os resultados propiciadores da

verbis: [...] Este Supremo Tribunal Federal, em precedente antigo, promoveu a distinção dos institutos da voluntariedade e da espontaneidade, *in verbis*: [...] Por seu turno, a espontaneidade exigiria, segundo parte da doutrina, a ausência de um fator provocador ou motivador e a iniciativa do réu. Para Paulo César Busato, ‘o entendimento mais correto é que a confissão, só por si, não é suficiente. É necessário que seja espontânea, isto é, que a vontade do confitente seja determinada sem a intervenção de fatores externos e que represente uma iniciativa do réu’ (Busato, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 905).” (STF, HC 129.877, 1ª Turma, relator: Marco Aurélio, unanimidade, j. 18/4/2017, publ. 1/8/2017, p. 24 e 25 do inteiro teor do acórdão, destaques originais)

³³⁵No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**..., p. 62. Ver, adiante, tópico 4.10.

³³⁶Ver, adiante, tópico 4.11.

persecução penal que a lei listasse. De fato, essa questão não resta clara, por exemplo, nas disposições da lei 9.807/99, anterior à ora em voga.

Dessa forma, a controvérsia não diz respeito ao instituto quando no bojo de um acordo de colaboração regulada pela 12.850/13, e sim, quando o juízo tiver de valorar a eficácia da contraconduta realizada sem o amparo de um acordo escrito e detalhado. Não obstante, entende-se aqui que não há dificuldade para, também no âmbito de aplicação da lei 9.807/99, não se exigir a cumulatividade de todos os resultados listados.³³⁷ Primeiramente porque não restaria justificado um tratamento tão díspar entre atividades de colaboração lastradas na mencionada lei e aquelas regidas pela 12.850/13. Como outro fundamento, salienta-se que, em determinados casos, somente um dos resultados previstos revela-se faticamente alcançável, do que restaria a inutilidade do instituto caso exigida a obtenção de todos. Por fim, aduz-se que qualquer dos quatro resultados identificáveis – esclarecimento sobre a materialidade, esclarecimento sobre a autoria, recuperação da vítima com vida, recuperação do produto (ou do proveito, acrescenta-se) do crime – afigura-se suficientemente importante para não se desconsiderar eventual contraconduta que o tenha ensejado.

Voltando especificamente à lei 12.850/13, salienta-se que a expressão “um ou mais dos seguintes resultados” e os cinco incisos que seguem elencando diferentes consequências úteis à persecução penal, deixam claro que, para se perfectibilizar uma atividade colaborativa, não é necessário haver delação³³⁸, modalidade (espécie) do gênero colaboração que está prevista apenas no inciso I. Portanto, não obstante a delação ser a forma mais usual de colaboração³³⁹, resta claro que a opção pela nomenclatura colaboração premiada não é uma pueril tentativa de amainar suposta “negatividade” do termo delação³⁴⁰, pois, como adiantado,

337No mesmo sentido: CORDEIRO, Néfi. *Delação premiada na legislação brasileira...*, p. 285.

338No mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado...**, p. 35 e 36.

339Afinal, é “raro e difícil revelar a estrutura de um organismo e as tarefas desempenhadas pelos seus integrantes sem que se descubra a identificação dos coautores e partícipes ou as infrações penais” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa...**, p. 64).

340Com efeito, há quem afirme ser o nome “colaboração premiada” uma tentativa de “diminuir a péssima impressão e conceito negativo atribuído ao ‘dedo-duro’ que, com sua conduta censurável, delata seus comparsas de incursão delitiva em troca de um prêmio oferecido pelo legislador.” (MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação Premiada...**, p. 43) Em sentido semelhante: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas...**, p. 1006 e 1031. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. **Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?** In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 123. SZNICK, Valdir. **Crime organizado: comentários**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997, p. 365 e 366. Sobre as tentativas de ataque à delação premiada, modalidade de colaboração, taxando-a vagamente de “antiética” ou “imoral”, conferir o capítulo 2, acima.

as expressões “colaboração premiada” e “delação premiada” não são sinônimos, e sim, tecnicamente, esta é uma modalidade daquela.³⁴¹

4.2 SEGURANÇA JURÍDICA E RELAÇÃO ENTRE JULGAMENTO DE MÉRITO E ACORDO HOMOLOGADO³⁴²

Talvez o artigo 4º, § 1º, seja o dispositivo de maior controvérsia de toda a regulação da colaboração premiada trazida pela lei 12.850/13, ou mesmo o mais deslocado se cotejada sua literalidade com o instituto como um todo. Com efeito, seu conteúdo faz muito mais sentido no bojo da lei 9.807/99, a qual não prevê a confecção e homologação de um acordo escrito para lastrear a atividade colaborativa.³⁴³ De fato, consta nessa referida lei, artigo 13, parágrafo único, que “a concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.”

Talvez isso explique o porquê de excerto tão semelhante constar na 12.850/13 – o legislador simplesmente aproveitou-se de trechos legais já positivados alhures. Não obstante, como nesta novel hipótese há acordo escrito e homologado, com contraconduta e respectivos prêmios detalhados pelas partes negociais e avalizados pelo poder judiciário, aventar critérios outros que não a efetividade da contraconduta realizada, para minorar ou mesmo sonegar os legitimamente expectados prêmios do colaborador, configuraria indevida frustração do negócio jurídico realizado e consequente implosão da confiabilidade no uso da colaboração premiada.³⁴⁴

341No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. **Revista Magister de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 7, p. 108, ago.-set. 2005, p. 108. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 521.

342Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, §§ 1º e 11, que dispõem respectivamente: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.” “A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.”

343É por isso que se concorda com o seguinte trecho doutrinário a ressaltar a ausência de traços negociais ou contratuais nas modalidades de colaboração premiada que não a da lei 12.850/13. “Diferentemente do que ocorre em relação aos institutos da transação penal e de suspensão condicional do processo, a colaboração premiada, entre nós, não foi tratada – certamente não até o advento da Lei 12.850/2013 – como um instrumento de justiça penal negociada. [...] Não havia previsão de nenhum acordo a ser firmado pelas partes e homologado pelo juiz: se prestada a colaboração, caberia ao juiz aplicar os benefícios por ocasião da prolação da sentença.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada...**, p. 250) Pode-se dizer que, na verdade, a lei 10.409/02 já previra a confecção de um acordo entre o órgão acusador e o pretense colaborador (artigo 32, § 2º), tendo, portanto, caráter negocial; porém, conforme já escrito anteriormente, o curto interregno da mencionada lei ensejou que a colaboração premiada só viesse a apresentar o potencial investigativo que tem na vigência da atual 12.850/13.

344No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126. DELMANTO, Roberto;

Com efeito, veja-se que, no bojo da lei 9.807/99, eventual concessão de benefícios trata-se de mera causa especial de diminuição de pena ou mesmo de simples modalidade de perdão judicial³⁴⁵, duas hipóteses enquadradas na discricionariedade do juízo³⁴⁶.³⁴⁷ Assim, depreende-se que, após perfectibilizada a dosimetria da pena, revisitar critérios já considerados na pena-base (personalidade do imputado e circunstâncias do crime) ou manejar critérios potencialmente subjetivos (natureza e gravidade do crime) ou totalmente alheios ao

DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas...**, p. 1032. Em sentido contrário: NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa...**, p. 62 e 63. Ver, acima, itens **3.2.3** e **3.3.2** e, adiante, **4.9.1**.

345No mesmo sentido: JARDIM, Afrânio Silva. **Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada...**, p. 39, onde também consta expressamente que “não estão revogadas tacitamente as diversas leis que cuidam de outorgar ao réu ou indiciado o benefício de atenuação da pena em razão de sua colaboração com as investigações.”

346E esse entendimento, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aplica-se a todas as demais hipóteses normativas de colaboração premiada que não a regulada pela lei 12.850/13, é dizer, hipóteses que não contam com a confecção de um acordo escrito a ser homologado pelo poder judiciário e, portanto, nas quais não há a criação de expectativas fundadas. Tome-se como exemplo a seguinte transcrição de paradigmático julgado da suprema corte. “[...] o direito do imputado colaborador às sanções premiaias decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e no art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente. Ao disciplinarem a delação premiada, esses outros diplomas legais reputam suficiente, para a aplicação das sanções premiaias, a colaboração efetiva do agente para a apuração das infrações penais, identificação de coautores ou partícipes, localização de bens, direitos ou valores auferidos com a prática do crime ou libertação da vítima [...]” (STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016, p. 40 do inteiro teor do acórdão)

347Tome-se, como exemplo do que exposto, julgado unânime do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual teve-se de analisar, no âmbito da Lava Jato, o emprego de colaborações premiadas não amparadas por acordo escrito. Transcreve-se pertinente trecho do voto vogal (os nomes dos envolvidos foram substituídos pelas respectivas iniciais). “Primeiramente, conforme exarado na sentença, “*é forçoso reconhecer que o condenado [A.F.M.M.] contribuiu, nesta ação penal, para o esclarecimento da verdade, prestando depoimento com informações relevantes*”. Para constatá-lo, basta verificar, acima, trechos de seu depoimento (item 4.3.3.2). Não obstante, a partir disso, o Juízo antecedente tratou da questão, mesmo que ausente qualquer acordo com o Ministério Público Federal, como se enquadrada no âmbito da Lei 12.850/13. Mais precisamente, concedeu possibilidade mais benéfica à progressão de regime, na esteira, quer me parecer, do que previsto no artigo 4º, §5º, da Lei 12.850/13. Além disso, estendeu tal medida benesse a outras ações penais, já julgadas. Porém, entendo que a contribuição de [A.F.M.M.] não ocorreu no bojo de um acordo de colaboração em sentido estrito, cuja natureza negocial e premial tem sido proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Considero que o melhor tratamento para o caso é a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 14 da Lei 9.807/99, certamente não revogada, sequer implicitamente, pela Lei 12.850/13. Transcrevo da primeira Lei referida: “*Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.*” Dessa forma, a questão diz respeito ao exercício da jurisdição, ou seja, ainda que as partes sugeriram esse ou aquele patamar, o juiz não está vinculado a essa pretensão, tal qual ocorre na sistemática disciplinada pela Lei 12.850/2013. Nessa perspectiva, para além da atenuante corresponde à confissão espontânea, tenho por dar especial relevo, também, à atitude cooperativa do acusado, consistente em contribuir para o esclarecimento dos fatos,

colaborador e ao momento do delito (repercussão social do fato³⁴⁸) para reduzir ou negar sanções premiaias, enquanto mera aplicação de causa especial de diminuição da pena, não acarreta tamanha surpresa negativa ao colaborador³⁴⁹ como aconteceria se presente um acordo escrito e detalhado que pautou desde o início sua atividade colaborativa e os prêmios expectados³⁵⁰.

Portanto, resta dar a melhor interpretação para o conteúdo do dispositivo sob análise (lei 12.850/13, artigo 4º, § 1º), de modo a não violar a segurança jurídica do colaborador e mesmo dos investigadores – partes do negócio jurídico homologado –, nem sabotar o próprio poder investigatório da colaboração premiada.³⁵¹

Uma alternativa bastante razoável, a fim de não se afastar completamente esse dispositivo porque alheio – se interpretado literalmente – à sistemática da colaboração premiada, consubstancia-se em serem considerados seus critérios precipuamente no momento da confecção do acordo, e derradeiramente no da sua homologação, não na sentença que aferirá a efetividade da contraconduta.³⁵² Dessa forma, tal dispositivo é, primeiramente,

revelando detalhes sobre o contexto e a prática dos delitos objetos desta ação penal, no que se inclui a autoria do corrêu [L.I.L.S.], sem aparentes restrições e em plena consonância com as demais provas coligidas ao processo, sejam essas documentais ou as declarações prestadas por [J.A.P.F.] (remeto, novamente, ao item 4.3.3.2). Assim, entendo que [A.F.M.M.] faz jus à redução de 2/3 (dois terços) sobre suas penas.” (TRF4, ACR 5046512-94.2016.4.04.7000, 8ª Turma, relator: João Pedro Gebran Neto, unanimidade, j. 24/1/2018, juntado aos autos em 6/2/2018, destaques originais)

348Essa “repercussão social” pode receber muitos significados. Um deles, perigosamente, pode ser o da opinião pública sobre os prêmios auferidos em um caso concreto por um determinado colaborador que cometera muitos crimes. A massa dificilmente abarca a importância dos ganhos investigativos, parece apenas focar os “privilégios” de colaboradores abastados. As notícias acima mencionadas (nota de rodapé n. 166) indicam que o julgador pode se sensibilizar com tal clamor público. Pergunta-se: considerado esse sentido de repercussão social, como a opinião leiga, a cada caso potencialmente arrastada por diferentes e circunstanciais interesses políticos, poderia contribuir para a efetividade da persecução penal?

349Convergentemente, já se acentuou que, antes da lei 12.850/13, “a colaboração premiada era feita verbal e informalmente com o investigado, que passava a ter, então, mera expectativa de premiação se acaso as informações por ele repassadas aos órgãos de persecução penal fossem objetivamente eficazes para atingir um dos objetivos listados nos diversos dispositivos legais que cuidam da matéria.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 547)

350“[...] a lavratura desse pacto entre acusação e defesa confere mais segurança e garantias ao acusado, que não ficará apenas com uma expectativa de direito, que, ausente o acordo, poderia ou não ser reconhecida pelo magistrado.” (Ibidem)

351Com efeito, uma vez criada a expectativa no colaborador de determinados benefícios, utilizar proposições sobre sua personalidade e sobre características do fato criminoso para, depois de bem cumprida a atividade colaborativa e atingidos os objetivos da persecução, negar-lhe o benefício acordado, significaria uma estrondosa comunicação, a todos os potenciais colaboradores, de que o instituto não passa de um engodo para possibilitar a investigação estatal por meio da objetificação (utilização como mero meio) de um indivíduo que tem informações privilegiadas sobre alguma atividade criminosa devido a sua participação nela. Ver, acima, item 3.3.2.

352Nesse mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 47 a 49. MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado..., p. 11. Parece, não de modo claro, seguir a mesma linha: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 539, ao dispor o seguinte. “Assim, mesmo que a colaboração tenha sido objetivamente eficaz para a obtenção de um dos resultados listados nos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/13, poderá o juiz

direcionado à autoridade policial e ao ministério público, que deverão, ao negociar com o imputado, considerar os critérios ali elencados, de forma a exigirem maior carga de informações ou oferecer menores benesses quanto mais negativos se mostrarem os critérios desse § 1º.³⁵³ Em um segundo momento, quando do pedido de homologação, o poder judiciário, com base nos critérios em voga, poderá recusar a homologação e remeter o texto do acordo de volta às partes a fim de que o adêquem³⁵⁴, vez que esse ato pode subsumir-se à previsão de exame de regularidade e legalidade do acordo³⁵⁵.

O que não pode acontecer de jeito algum é o acordo ser homologado e, depois, preterindo-se a valoração da efetividade da contraconduta, serem os prêmios modulados a menor ou mesmo sonegados com base em elementos sobre os quais o colaborador não tinha influência alguma enquanto desempenhava sua contraconduta.³⁵⁶

Esse entendimento fundamenta-se firmemente na pré-compreensão construída nos itens 4.1.1 (sobre a vinculação do juízo ao acordo homologado), 4.1.4 (sobre diferenciações entre eficiência, eficácia e efetividade da colaboração) e, cabalmente, no artigo 4º, § 11, que estabelece a aferição de resultados como critério precípua da avaliação judicial no momento da *concessão* dos prêmios – caso se trate de perdão, redução de pena privativa de liberdade, sua substituição, progressão de regime facilitada e outras benesses cujos efeitos ainda não

recusar a homologação desse acordo se a análise do conjunto dessas circunstâncias judiciais for desfavorável ao colaborador.” Nesse caso, a constatação seria, a rigor, de *potencial* de eficácia, vez que a homologação ocorre antes do aproveitamento processual dos elementos probatórios advindos da colaboração, é dizer, antes do juízo sobre a efetividade da contraconduta.

353Quer parecer que alhures já se concluiu dessa mesma maneira, ao se escrever que “há necessidade, portanto, de uma avaliação por parte do Ministério Público a respeito das características do crime e sua repercussão social. É possível que mesmo preenchendo os demais requisitos para o acordo, o investigado tenha praticado crime com requintes de crueldade que desaconselham a adoção do instituto ou que sua conduta tenha causado grave comoção social em razão da qualidade da vítima.” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 59) Por outro lado, deve-se destacar que, diferentemente da citada obra, este estudo não depreende dos elementos do artigo 4º, § 1º, pressupostos (ou requisitos) de *validade* como o são a legalidade, a regularidade e a voluntariedade (artigo 4º, § 7º – analisado, adiante, no tópico 4.8). Os elementos do artigo 4º, § 1º, portanto, são critérios em que o estado-investigador deve se basear para ajustar as cláusulas premiais ao negociar com o potencial colaborador.

354Conforme previsto no § 8º, analisado adiante, no item 4.9.1.

355Ver, adiante, item 4.8.2.

356Em sentido muito semelhante, tem-se o seguinte. “Para a determinação do valor de redução a ser conferido no caso concreto, deve-se considerar a eficiência das informações prestadas pelo delator, e não circunstâncias outras como sua personalidade, antecedentes, repercussão do delito, o que poderá ser apreciado na condição de circunstância judicial, cuja análise pertine à fixação da pena-base, na primeira fase de equacionamento da reprimenda.” (FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 117). “Não é de se admitir que se conclua acordo de colaboração que propicie fartas informações e, ao final da ação penal, quando do decreto condenatório diante do colaborador, se lhe neguem ou se lhe reduzam os benefícios em virtude dos famigerados critérios.” (Ibidem, p. 123)

estejam em vigor – e, não há esquecer-se, também no momento da *constatação* da adequação quanto ao prêmio da imunidade processual ou outro já em vigor (execução antecipada).³⁵⁷ Com efeito, na hipótese de não denúncia, julgada inefetiva a colaboração, o juízo deverá exortar o órgão acusador – nada mais do que isso – a rever sua posição.³⁵⁸

Enfim, vale repetir, a principal informação que se deve guardar a partir desses dispositivos (artigo 4º, §§ 1º e 11) é que de modo nenhum seria possível, após restar efetivo o esforço do colaborador, usar de critérios sobre os quais ele não mais tinha qualquer influência quando da negociação (diferentemente da eficiência e da eficácia da colaboração a ser desempenhada) para sonegar-lhe os prêmios expectados conforme previstos no acordo homologado.³⁵⁹ Sem exageros, se isso ocorresse, acredita-se que poderia configurar o início do fim da colaboração premiada no Brasil.³⁶⁰

357Com efeito, é só quanto à efetividade da colaboração que o colaborador poderá esforçar-se para maximizar resultados; em outras palavras, é só com base nesse critério que ele poderá fazer escolhas (ver, acima, tópico 3.2). Assim, resta não ser à toa o critério “eficácia”, componente da efetividade (ver, acima, item 4.1.3), ter um parágrafo só para ele, vinculando-o à sentença.

358Ver, adiante, item 4.11.1, o qual aborda as consequências da contraconduta inefetiva. Especificamente quanto à hipótese de imunidade processual clausulada, corrobora-se que “o não oferecimento da denúncia teria efeito equivalente ao arquivamento do inquérito, não havendo extinção da punibilidade e sendo possível o posterior oferecimento de denúncia em caso de alteração do panorama investigativo, caso constatadas mentiras ou omissões por parte do colaborador.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada**..., p. 261 e 262) Em sentido diverso e, salvo melhor juízo, assistemático, também há quem se posicione pela analogia do prêmio da imunidade processual com o perdão judicial, do que é derivada a extinção da punibilidade com trânsito em julgado caso seja homologado acordo no qual prevista a não denúncia (LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 537). Ora, essa posição retira do poder judiciário a oportunidade de avaliar a efetividade da colaboração e, conseqüentemente, constrangeria os órgãos de investigação – caso necessário clausular a não denúncia – a formalizar um acordo assinalagmático, o que inclusive poderia servir como permissivo a uma contraconduta desidiosa.

359Tal qual tratado, acima, nos itens 3.2.3, 3.3.2 – nesses, a partir de uma perspectiva de *law and economics* – e, adiante, no item 4.9.1.

360Em outras palavras, a não observação judicial dos termos do acordo já formalizado será a primeira informação levada em conta nas escolhas racionais de potenciais colaboradores. E seria a primeira rachadura que antecederia o inevitável destroçamento do potencial da colaboração premiada como técnica investigativa.

4.3 LEGITIMIDADE PARA NEGOCIAR E ADITAR O ACORDO E COLABORAÇÃO³⁶¹

4.3.1 Legitimidade para negociar a colaboração premiada

Embora a maior parte dos prêmios tenha sido elencada já na cabeça do artigo 4º, só no § 2º aparece pela primeira vez quem são os legitimados para negociar um acordo com o pretense colaborador. Considera-se seja isso resultado do aproveitamento de trechos de legislação mais antiga³⁶² que, embora tivesse disposições de cunho colaborativo, não previa a composição de um acordo escrito a ser homologado e, portanto, a questão da legitimidade negocial dos investigadores era de somenos importância, já que a concessão dos prêmios de modo nenhum vinculava o julgador.

De qualquer modo, a lei 12.850/13 deixa bem claro que tanto o delegado de polícia como o membro do ministério público têm legitimidade para encetar um acordo de colaboração premiada com o imputado. Mais precisamente, isso consta com clareza solar no artigo 4º, § 6º, adiante analisado. Não bastasse, essa disposição é reforçada em outras oportunidades, como no artigo 6º, incisos II e IV, e no agora sob análise artigo 4º, § 2º.

Chega-se a acusar inconstitucionalidade da legitimidade do delegado de polícia para a propositura de um acordo de colaboração premiada, pois, entre os possíveis prêmios, constam o perdão das penas (artigo 4º, cabeça) e o não oferecimento da denúncia (artigo 4º, § 4º, adiante analisado), o que, se não realizado estritamente por um membro do ministério público, violaria a constituição da república, artigo 129, inciso I³⁶³.³⁶⁴

361Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 2º, que dispõe: “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).”

362Tome-se como exemplos os acima transcritos (nota de rodapé n. 332) artigo 13, incisos e parágrafo único, e artigo 14 da lei 9.807/99, que parecem terem sido reaproveitados em várias oportunidades na lei 12.850/13.

363“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

364Há, por exemplo, quem avenge a inconstitucionalidade ao mesmo tempo em que afirma que “no direito norte-americano, a iniciativa para fins de colaboração processual é exclusiva do órgão responsável pela acusação, cujo representante tem ampla discricionariedade para negociar com o acusado colaborador (*plea bargaining*), podendo inclusive dispor da ação penal, estando reservado ao juiz a homologação desse acordo.” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas...**, p. 59 e 60) Não obstante, conforme já exposto anteriormente (tópico 3.1), é inadequado parametrizar a colaboração premiada com o *plea bargaining*. Com efeito, enquanto aquela é uma técnica investigativa e também um instrumento de defesa, este é precipuamente um meio para compensar a escassez de recursos estatais para fazer frente à demanda de persecução penal e que implica a *evitação* do processo mais do que a produção de provas.

À partida, considera-se infrutífera a argumentação baseada no termo “parte” constante na lei 12.850/13. Deveras, conquanto este estudo não avenge capacidade postulatória da autoridade policial, para não tornar a lei completamente contraditória, o termo “parte” que aparece no artigo 4º, §§ 4º, 6º e 10º, só pode ser entendido como parte *negocial* ou *contratual* em vez de “processual”. Com efeito, o acordo de colaboração, cabe repisar, é um *negócio* jurídico processual, conforme pacificada jurisprudência dos tribunais superiores.³⁶⁵

Superado esse argumento, é imperativo destacar que o legislador tomou a cautela de exigir a manifestação do ministério público quando a propositura de acordo de colaboração premiada partir de delegado de polícia, da mesma forma – relevante lembrar – que ocorre quando a autoridade policial representa por um mandado de busca e apreensão ou por uma prisão cautelar ou uma interceptação telefônica, casos outros também de medida investigativa.³⁶⁶ Portanto, o ministério público nunca estará alheado da eventual propositura de colaboração premiada com iniciativa do delegado de polícia, independentemente de quais forem os prêmios almejados. Assim, o órgão ministerial poderá expor suas razões, influenciando argumentativamente a decisão judicial de homologação ou de remessa para

³⁶⁵Exemplifica-se. “Como assentado no voto condutor do HC nº 127.483/PR, Pleno, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe de 4/2/16, ‘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.’” (STF, Pet 6.138 AgR-segundo, 2ª Turma, relator: Edson Fachin, relator para o acórdão: Dias Toffoli, maioria, j. 21/2/2017, publ. 5/9/2017) “3. Questão de ordem que se desdobra em três pontos para: (i) resguardar a competência do Tribunal Pleno para o julgamento de mérito sobre os termos e a eficácia da colaboração, (ii) reafirmar, dentre os poderes instrutórios do Relator (art. 21 do RISTF), a atribuição para homologar acordo de colaboração premiada; (iii) salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade. (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, maioria, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018) “1. O acordo de colaboração premiada, negócio jurídico personalíssimo celebrado entre o Ministério Público e o réu colaborador, gera direitos e obrigações apenas para as partes, em nada interferindo na esfera jurídica de terceiros, ainda que referidos no relato da colaboração.” (STJ, RHC 68.542/SP, 6ª Turma, relatora: Maria Thereza de Assis Moura, unanimidade, j. 19/4/2016, publ. 3/5/2016) “4. Quando da remessa do acordo de colaboração premiada ao Poder Judiciário, este, por meio de seus agentes públicos, deve se limitar, dentro de seu juízo de deliberação, conforme disposição expressa do artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, não lhe sendo permitido, neste momento, proceder à realização de juízo de valor acerca das declarações prestadas pelo colaborador e nem à conveniência e oportunidade acerca da celebração deste negócio jurídico processual.” (STJ, HC 354.800/AP, 5ª Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca, unanimidade, j. 19/9/2017, publ. 26/9/2017)

³⁶⁶Pertinente, no ponto, aduzir trecho do pronunciamento, em plenário, do ministro Celso de Mello, o qual repisou ser o acordo de colaboração premiada “meio de obtenção de prova, e não meio de prova. E, como meio de obtenção de prova, é algo que se projeta naturalmente no domínio em que atuam, por força da própria constituição da República, artigo 144, os órgãos e os organismos policiais.” (STF, ADI 5.508, Tribunal Pleno, relator: Marco Aurélio, maioria, j. 20/6/2018, DJE nº 125, divulgado em 22/6/2018, inteiro teor ainda não disponibilizado)

adequação, sem que se possa, porém, falar em imprescindível ratificação ministerial para uma decisão homologatória.

Em verdade, caso homologado o acordo, eventual cláusula de perdão das penas ou mesmo de não oferecimento da denúncia pactuada pelo delegado de polícia terá passado pelo controle de três distintos órgãos: autoridade policial, ministério público e juízo. Essa densidade de verificações serve como um filtro contra qualquer banalização dos prêmios da colaboração. Portanto, não há querer retirar tal instrumento de investigação da autoridade que preside o inquérito policial, fase investigatória por excelência, propondo-se a restrição da legitimidade para a celebração do acordo, quando a participação de distintos órgãos mostra-se saudável, no sentido de dificultar que a técnica venha a ser mal usada.³⁶⁷

O tema foi julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 5.508, que assentou a constitucionalidade da legitimidade do delegado de polícia para encetar acordos de colaboração, sem que eventual discordância do ministério público, esboçada em sua manifestação, seja obstáculo insuperável para eventual homologação da proposta.³⁶⁸ Não

367Transcrevem-se bem traçados argumentos doutrinários, harmônicos à posição ora delineada. “Observe-se, de plano, que a argumentação a respeito da constitucionalidade do dispositivo só tem interesse para a hipótese na qual a autoridade policial represente para que seja concedido o perdão, o Ministério Público se posicione contrariamente e o juiz conceda o perdão legal. Melhor explicando: caso o delegado de polícia represente e o ‘*parquet*’ concorde com o pedido, esta última manifestação equivale a verdadeira ratificação do pedido inicial, como se o Ministério Público estivesse mesmo subscrevendo o pedido, não havendo razão p^{er} a *[sic]* invocar a inconstitucionalidade. Ademais, pode ocorrer de o delegado representar e o juiz indeferir o pedido quando, por não se reconhecer legitimidade para a autoridade policial recorrer [...], desinteressa a análise da constitucionalidade. Mas sobra – repetimos – a hipótese na qual, mesmo com a discordância do Ministério Público, o juiz acolha a representação policial. Para este último caso, cremos, com efeito, que o ato de representar no sentido de que seja concedido ao *[sic]* perdão ao colaborador, possa ser inserido no âmbito regular de atribuições do delegado de polícia, tal como ocorre, por exemplo, quando representa pela decretação da prisão preventiva (art. 13, IV do CPP), inclusive na Lei Maria da Penha (art. 20 da Lei n^o 11.340/2006), ou pela decretação da prisão temporária (art. 2^o, da Lei n^o 7.960/89). Aliás, a lei somente admite a representação na fase de inquérito, o que destaca o caráter investigatório da medida, típico da atividade policial.” (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 53 e 54)

368Colhem-se do voto do relator, por extremamente pertinentes, os seguintes excertos. “A colaboração premiada não é instituto novo, mas, sim, meio de obtenção de provas em constante evolução. Descabe potencializar o papel do Ministério Público em detrimento do desenvolvimento legislativo do tema, que evidencia tratar-se de mecanismo situado no cumprimento das finalidades institucionais da polícia judiciária. [...] Sendo a investigação o principal alvo da polícia judiciária, ante a conformação constitucional conferida pelo artigo 144, meios previstos na legislação encontram-se inseridos nas prerrogativas da autoridade policial. Sendo a polícia a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei. Retirar a possibilidade de utilizar, de forma oportuna e célere, o meio de obtenção de prova denominado colaboração premiada é, na verdade, enfraquecer o sistema de persecução criminal, inobservando-se o princípio da vedação de proteção insuficiente. [...] Em nenhum ponto o ato normativo em jogo afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada, ainda que ocorrido entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, não se podendo cogitar da afronta à titularidade da ação penal. Ao contrário, a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada desburocratiza o instituto, sem importar ofensa a regras atinentes ao

obstante, veja-se que, mais precisamente, a decisão apenas confirmou a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º do artigo 4º, pois eram esses os dispositivos impugnados.

Assim, embora o julgamento não tratasse do artigo 4º, § 4º, o qual dispõe sobre a não denúncia, o debate entre os ministros deixou claro – e isso foi mesmo fulcral para a formação da maioria vencedora – que unicamente o prêmio da imunidade processual não estará à disposição do delegado de polícia ao negociar com potencial colaborador.

Com efeito, veja-se que a legislação permite ao juiz, mesmo de ofício, conceder o perdão ao imputado que “efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal” (lei 9.807/99, artigo 13), o que pesou a favor da decisão pela constitucionalidade de a autoridade policial encetar acordo de colaboração que previsse inclusive o perdão das penas, vez que, no bojo da lei 12.850/13, será também o juiz quem homologará ou não a proposta. Bem diferentemente acontece com a imunidade processual, já que o poder judiciário não tem qualquer disponibilidade sobre a denúncia.

Nessa esteira, embora não tenha sido objeto de julgamento, deve-se entender que o Supremo Tribunal Federal decotou o leque de possibilidades do delegado de polícia quando da negociação de um acordo, suprimindo a oferta da não denúncia, a qual só poderá constar em acordo de colaboração se houver a concordância do ministério público. Veja-se que esse entendimento, além de afastar de vez qualquer indigitada ofensa à constituição da república, artigo 129, inciso I, é também coerente com a própria lei 12.850/13, vez que, no artigo 4º, § 4º (dispositivo que disciplina o oferecimento de imunidade processual), menciona-se unicamente o ministério público, e não também o delegado de polícia, diferentemente do que ocorre no artigo 4º, §§ 2º e 6º.

4.3.2 O aditamento extraordinário ao acordo e a aplicação do código de processo penal, artigo 28

Não bastasse a controvérsia sobre a questão da legitimidade para a propositura do acordo de colaboração (analisada no item imediatamente anterior), esse § 2º enseja várias

Estado Democrático de Direito, uma vez submetido o acordo à apreciação do Ministério Público e à homologação pelo Judiciário. [...] A supremacia do interesse público conduz a que o debate constitucional não seja pautado por interesses corporativos, mas por argumentos normativos acerca do desempenho das instituições no combate à criminalidade. A atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal, é de relevância maior. É nefasta qualquer ‘queda de braço’, como a examinada.” (STF, ADI 5.508, Tribunal Pleno, relator: Marco Aurélio, maioria, j. 20/6/2018, DJE nº 125, divulgado em 22/6/2018, inteiro teor ainda não disponibilizado)

críticas doutrinárias por mencionar a aplicação do código de processo penal, artigo 28, sendo até aventado que tratou-se de mero descuido por parte do legislador. De outro modo, baseando-se no critério hermenêutico de que a lei não dispõe de palavras inúteis, resta buscar conferir a esse texto a melhor interpretação, com vistas ao caráter tanto de técnica investigativa como de instrumento de defesa que possui a colaboração premiada.³⁶⁹

Assim sendo, considera-se que o artigo 4º, § 2º, poderá ser manejado precisamente em um caso no qual, já estando em andamento atividade colaborativa lastrada em acordo homologado, o imputado desempenha incomumente sua contraconduta, indo mesmo além daquilo que pactuado, conseguindo, por exemplo, recuperar elementos probatórios de difícil acesso ou mesmo até então considerados perdidos.

Em determinada situação, poderá o estado-investigador proceder a uma espécie de “aditamento sumário” ao acordo, unicamente para prever a concessão do perdão ao colaborador – nem mais (imunidade processual) nem menos (redução de pena, substituição etc) – sem ser necessário abandonarem as partes o acordo vigente e postularem homologação de novo acordo ao juízo.

Essa previsão confere aos investigadores um poder de incentivo maior para a situação em que um acordo é homologado sem que haja suficiente convencimento de que a atividade colaborativa poderia vir a contribuir, em extensão ou importância, bem mais do que aquilo que se considerou razoável pactuar.

Por outro lado, fica claro que a lei estabelece um limite ao aditamento do acordo, de modo que ele não reste demasiadamente “fluido”, é dizer, passível de ser alterado de qualquer maneira ao alvedrio das partes. Com efeito, parece ser esta a única hipótese de, caso denegado o aditamento (lembra-se que os demais termos já foram homologados pelo poder judiciário, não sendo objeto de discussão nesta oportunidade), dever o juízo enviar o pedido ao órgão superior da polícia ou à procuradoria-geral, em vez de continuar a discussão em instância judicial posterior, via recurso. Dessa forma, reforça-se o caráter negocial do acordo, vez que, se o órgão de revisão ratificar a emenda ao acordo, deverá o juízo acatá-la, nos termos do artigo 28.

³⁶⁹Acima, no item 4.1.2, abordou-se como o artigo 4º, § 2º, vem a reforçar o entendimento de que o juízo sentenciante vincula-se ao acordo de colaboração homologado. Agora foca-se a procedimentalidade do conteúdo do dispositivo e afasta-se a hipótese segundo a qual ele seria inútil.

Portanto, não se pode compreender esse perdão das penas como mero ato privativo do juízo, tal qual a hipótese regulada, por exemplo, pela lei 9.807/99, artigo 13, pois, no bojo da lei 12.850/13, a medida advém de vinculação ao negócio jurídico da colaboração premiada, o qual é fonte de direito subjetivo do colaborador que desempenha contraconduta efetiva.³⁷⁰ Nesse caso, eventual denegação da benesse pelo juízo não fundamentada em inefetividade da colaboração, poderia ensejar reforma da decisão não apenas via mera apelação, mas mesmo via hábeas-cópus caso implique em sanções que ameacem o direito de ir e vir.³⁷¹ Por todo o exposto, não resta despiciendo o comando legal que remete ao código de processo penal, artigo 28.³⁷²

4.4 SUSPENSÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS³⁷³

Constata-se que o artigo 4º, § 3º, não enseja grande controvérsia. Sua finalidade é fornecer mais tempo para ser exercida a contraconduta do pretense colaborador, o que também ensejará um melhor escrutínio sobre sua efetividade.

Além desse dispositivo em voga, existem diversas outras previsões legislativas de suspensão do processo e respectivos prazos prescricionais materiais. Talvez consubstancie-se novidade a suspensão do prazo para oferecimento da denúncia, o qual, em verdade, é mero prazo impróprio, é dizer, não poderia o juízo obrigar o ministério público a oferecer a

³⁷⁰Ver, acima, itens **3.3.2** e **4.1.1**.

³⁷¹Discordando quanto à forma de aplicação do código de processo penal, artigo 28, aqui sugerida, mas concordando com o manejo de hábeas-cópus para a mencionada hipótese: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 52.

³⁷²Há diversas outras interpretações sobre o manejo do código de processo penal, artigo 28, no bojo da lei 12.850/13. Há, por exemplo, quem defenda seja aplicado apenas na hipótese de ter o delegado de polícia clausulado o perdão das penas com potencial colaborador e disso discordar o membro ministerial em sua manifestação (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**..., p. 67). De outro modo, também propugna-se que o juízo possa manejar o dispositivo em tela sempre que discordar quanto à imunidade processual clausulada (FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 331) ou mesmo quando discordar da disponibilidade total ou parcial da ação penal e até da diminuição da pena na fase de execução (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 55). Conforme já adiantado, compreende-se aqui que a interpretação oferecida neste item **4.3.2** é a que melhor atende à finalidade (ou critério hermenêutico) de potencializar a colaboração premiada, simultaneamente, enquanto técnica investigativa e instrumento de defesa. Interferências judiciais outras no conteúdo do acordo, as quais ultrapassariam o âmbito da forma (voluntariedade, legalidade e regularidade) do negócio jurídico, tanto arranhariam a imparcialidade judicial como violariam o caráter consensual da colaboração premiada (ver, adiante, item **4.9.1**).

³⁷³Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 3º, que dispõe: “O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.”

denúncia, nem desapareceria a pretensão punitiva do estado caso não observado tal prazo, como já assentado no ordenamento jurídico brasileiro.³⁷⁴

De outra banda – poderia ser mesmo despicando mencionar, mas fica melhor repisar –, a suspensão dos prazos (processuais e materiais) aplica-se a todos os crimes cometidos no âmbito da organização criminosa investigada, não apenas ao delito previsto na lei 12.850/13, artigo 2º. Entendimento diverso, por evidente, acarretaria a ineficiência do instituto.

Quanto à extensão do prazo, uma vez que a lei dispõe “até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período”, entende-se ser possível, uma vez instituído inicialmente um prazo menor do que seis meses, somar ao segundo prazo eventualmente concedido o lapso temporal complementar não aproveitado na primeira ocasião, não se podendo ultrapassar, em qualquer hipótese, o período máximo de um ano. Dessa forma, afigura-se restarem atendidas tanto a necessidade de tempo para se efetivar a atividade colaborativa como a de não se protelar demasiadamente a fase processual da persecução penal.

Isso não significa poder o juízo conceder, à partida, prazo maior do que seis meses, vez que a previsão legislativa de uma renovação do prazo implica a necessidade de nova requisição e o dever de fundamentação concreta ao decidi-la.³⁷⁵

374Nessa esteira, transcrevem-se as perspicazes considerações doutrinárias, às quais este estudo adere. “Esse pedido de prorrogação, a nosso ver, deve ser apreciado pelo Poder Judiciário, cumprindo ao Ministério Público fundamentá-lo com as respectivas razões que o justifiquem. Caso o juiz discorde do pedido de prorrogação do prazo, não há como compelir o ‘*parquet*’ à oferta da denúncia, em atitude que ensejaria mesmo a propositura de correição parcial. Antes, por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal, deve remeter os autos ao Procurador-Geral, a quem incumbirá dar a última palavra, nos seguintes termos: caso discorde do pedido de prorrogação, designará (como é corriqueiro) outro promotor de justiça, que deverá ofertar a denúncia. Ao contrário, caso adira à posição inicial, não restará outra alternativa ao juiz senão a de deferir o pedido de novo prazo. Mas não apenas o pedido de prorrogação do prazo se impõe que seja apreciado pelo juiz. Antes disso, também o pedido em si de suspensão do prazo para oferta da denúncia deve ser submetido ao crivo judicial. É que dele decorre importante consequência, que é exatamente a suspensão do prazo prescricional, a exigir um provimento concreto que estabeleça o ‘*termo a quo*’ a partir do qual tal lapso de tempo ficará pendente.” (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 57)

375Pode-se também rastrear decisão unipessoal de membro do Supremo Tribunal Federal que nega poderem as partes negociais clausular sobre prazos prescricionais, devendo observarem estritamente as balizas previstas nesse artigo 4º, § 3º. Transcreve-se. “No tocante à cláusula 6ª do acordo, a única hipótese suspensiva do prazo prescricional será aquela prevista no art. 4º, § 3º, da Lei 12.850/2013. No mais, o levantamento do sigilo, tal como indicado pela cláusula 16, dependerá, em todos os casos, de provimento judicial motivado, à luz do regime legal imposto (Rcl. 22009-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 12.5.2016; e Pet 6164-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 21.09.2016).” (trecho de decisão unipessoal da ministra Cármen Lúcia reproduzida na Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 14 e 15 do inteiro teor)

4.5 O PRÊMIO DA NÃO DENÚNCIA³⁷⁶

Primeiramente, cabe destacar quais são as referidas “hipóteses do *caput*” a que remete o artigo 4º, § 4º. Não há dificuldade em entender que são, cumulativamente, (1) haver acordo entre estado-investigador e potencial colaborador (“a requerimento das partes”), (2) colaboração voluntária, e (3) efetividade na contraconduta (“desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados”).

4.5.1 Cumulatividade dos requisitos

Com relação aos dois requisitos listados nos subsequentes incisos I e II, entende-se que ambos têm de estar presentes.³⁷⁷ Veja-se que esse § 4º dispõe sobre o maior prêmio que pode ser concedido a um imputado que resolve colaborar com a justiça. Caso beneficiado por ele, o pretense colaborador não terá sequer de enfrentar as formalidades de um processo, dito de outra forma, não terá de se defender processualmente no bojo de uma ação penal na qual figuraria como réu.

O segundo maior prêmio verificável, o perdão das penas, só terá sua eficácia perpetuada se confirmado judicialmente após toda a instrução processual, e isso, claro, se o juízo concluir pela presença de efetividade na colaboração.³⁷⁸ Já os efeitos da não denúncia, além de serem auferidos desde o momento em que homologado o acordo, diminuindo eventual tensão por parte do colaborador, só desaparecerão se o próprio ministério público mudar sua compreensão sobre a efetividade da contraconduta.³⁷⁹ Portanto, acertou o legislador ao reforçar os requisitos para a estipulação desse prêmio. Assente isso, nota-se que, para ser obtida a imunidade processual (também chamada de não denúncia), o “maior prêmio”, há duas condições essencialmente bem distintas, adiante analisadas.

376Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 4º, que dispõe: “Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”

377No mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 64.

378Portanto, “o juiz deve proferir a sentença condenatória, fixando a pena que seria adequada para, na sequência, fazer a substituição pela sanção negociada em razão da colaboração premiada, deixando consignado que, caso não cumprida qualquer cláusula do acordo, ocorrerá a reconversão da pena aplicada.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**..., p. 544) No mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 189.

379Ver, acima, item 4.3.1 e, adiante, 4.11.1.

À partida, apenas ressalta-se que o primeiro requisito – não ser líder da organização criminosa sob investigação – está fora do âmbito de decisão do potencial colaborador. Por outro lado, quanto a preceder aos demais potenciais colaboradores na tarefa colaborativa, há possibilidade de escolha. Em havendo tal possibilidade, há sentido em incentivar decisões.³⁸⁰

4.5.2 Culpabilidade do líder, valorações do legislador, controle judicial

É fácil cognoscer a lógica da proibição do artigo 4º, § 4º, inciso I: nenhum membro da organização criminosa é menos fungível e tem mais poder (e, por conseguinte, mais responsabilidade) sobre as atividades da organização do que seu líder. Daí não se oferecer o maior prêmio (imunidade processual) a quem deve arcar com as maiores penalizações.

Constata-se, portanto, que a lei valorou não só a importância das informações advindas do colaborador para a persecução penal, como também a culpabilidade (sentido amplo) do imputado, vedando que um líder – em tese, o agente com maior responsabilidade sobre os fatos delitivos – venha a obter a sanção premial mais vantajosa. Não fosse assim, muito provavelmente, os líderes sempre teriam as maiores chances de obter os acordos mais vantajosos, vez que são os agentes que têm a maior quantidade de informações sobre as atividades de suas organizações criminosas.

Algumas obras criticam a redação do inciso I, ao referir que ele pressupõe a existência de apenas um único líder por organização criminosa. De fato, não é incomum que no topo da pirâmide hierárquica desses grupos (isso quando ela existir³⁸¹) haja uma espécie de conselho, resultando em uma liderança colegiada. Não obstante, não se afere maior dificuldade em entender que, em um tal caso, qualquer desses agentes não terá a faculdade de clausular a não denúncia em eventual acordo de colaboração.

Se o juízo que decidirá sobre o pedido de homologação tiver informações suficientes para concluir que aquele que pleiteia o não oferecimento da denúncia é, em tese, um dos líderes da organização criminosa investigada, deverá proceder conforme o código de processo

380Ver, acima, tópico 3.2.

381Neste ponto, lembra-se da existência de grupos em forma de “rede” (*network*), os quais usualmente são compostos por “*experts* sem base, vínculos, ritos, e também sem critérios mais rígidos de formação hierárquica” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**..., p. 34). Veja-se que, nesse caso, embora reste mitigada ou mesmo ausente a característica da hierarquia ou liderança, há estruturação ordenada e divisão de tarefas, de modo que tais grupos também configuram organização criminosa, sendo aplicável a lei 12.850/13 e as técnicas de investigação nela previstas.

penal, artigo 28. Com efeito, se, na hipótese de aditamento ao acordo de colaboração para ser previsto o perdão das penas³⁸², o juízo, discordando, deverá remeter o pleito ao órgão revisor, com muito mais razão deverá fazê-lo caso discorde da previsão de não oferecimento da denúncia, vez que ela implicará o arquivamento do inquérito policial, precisamente a situação para a qual redigido o artigo mencionado.³⁸³

4.5.3 Violação à isonomia e dificuldade probatória

Há quem avenge violação à isonomia nos tratamentos diferenciados que o inciso I prevê para líderes e liderados nas organizações criminosas.³⁸⁴ Não obstante, sempre insta lembrar que, via de regra, quebra de isonomia não é, em si, um antijurídico. Apenas o é a quebra injustificada de isonomia. Neste caso, conforme já abordado no item imediatamente anterior, o legislador tomou como critério, ao lado da potencialização da persecução penal, a maior responsabilidade criminal dos líderes de organização criminosa, fundamento que nada tem de juridicamente aberrante, de modo a evitar meramente que eles obtenham o maior dos prêmios estipuláveis na colaboração premiada (a não denúncia), sem lhes vedar completamente o manejo desse instrumento de defesa. Dessa forma, resta completamente hígido esse inciso I.

Outra fonte de controvérsia diz respeito a suposta dificuldade probatória, em momento tão antecipado (fase investigatória), sobre a condição de líder do pretense colaborador.³⁸⁵ Não obstante, afere-se mesmo não ser tão problemática essa questão, bastando, nessa etapa, a palavra do imputado. Com efeito, qualquer mendacidade identificada na atividade de contraconduta de quem pactuou colaborar com a justiça implicará na quebra do acordo e consequente perda dos prêmios, sem prejuízo da possibilidade de uso dos elementos probatórios já angariados.³⁸⁶ Dessa forma, se o pretense colaborador declarar não compor a liderança da organização criminosa e, posteriormente, descobrir-se que faltou com a verdade nessa declaração, perderá os benefícios e enfrentará normalmente a persecução penal.

382Ver, acima, os comentários ao artigo 4º, § 2º, no item 4.3.2.

383Nesse mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 63 e 64. GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**..., p. 42. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 537. SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 62 e 63.

384FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 129 a 131.

385CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 64.

386Ver, adiante, item 4.11.1.

4.5.4 Primariedade da colaboração

O segundo requisito para o não oferecimento da denúncia, previsto no inciso II, diz respeito à primariedade no desempenho (o que remete à eficiência³⁸⁷) de atividade colaborativa. Não obstante, resta severa controvérsia sobre tal primariedade. Seria ela aferida exclusivamente em termos cronológicos?³⁸⁸ É dizer, o primeiro imputado a demonstrar interesse em colaborar e fechar um acordo seria o único facultado a não ser denunciado? Ou, de outro modo, deve-se entender primariedade como a primazia ou a inediticidade das informações oferecidas pelo imputado?

Ora, imagine-se que dez outros colaboradores já efetivamente – ou seja, realmente potencializando as investigações – prestaram informações, mas que um décimo primeiro preste informações inéditas e em quantidade e intensidade muito maiores que os dez anteriores. Será proibido considerar esse colaborador o primeiro, tomando-se exclusivamente o critério cronológico das colaborações? Ou será possível, com base em um critério de ineditismo e relevância da informação? Se a finalidade do dispositivo ora analisado for incentivar o rompimento da barreira informacional quanto a atividades criminosas, parece que a melhor interpretação é no sentido de viabilizar a oferta de não denúncia tanto para o primeiro cronologicamente como para o colaborador que disponibilizar informações inéditas e de relevância largamente superior – em quantidade e/ou qualidade (no entendimento dos investigadores) – às até então obtidas ou às que se espera obter.

Não há falar em banalização do “maior prêmio” ao se dispor dele também para uma colaboração não cronologicamente precedente, mas sim substancialmente precedente (quanto a ineditismo e relevância), pois, após cada atividade colaborativa, o “preço” das colaborações subsequentes tende a diminuir, já que informações inéditas ou essenciais tornam-se cada vez mais escassas. Até por isso mesmo a lei reforça o prêmio à cronologicamente primeira colaboração: ela tem o potencial de tornar desnecessária qualquer outra ou, no mínimo, de causar o “efeito manada”³⁸⁹ quanto à quebra da fidelidade à organização por meio da guarda

387Ver, acima, item 4.1.3.

388Respondendo afirmativamente à questão lançada: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 64.

389Também há referência a esse “efeito manada” como “efeito dominó” e “efeito viral” (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Criminalidade organizada e justiça penal negociada*..., p. 173). Sobre isso não

do silêncio (*omertà*³⁹⁰). Por fim, lembra-se aqui que os investigadores precisam ter capacidade de maximizar seu interesse³⁹¹, que é a obtenção de elementos probatórios essenciais e inalcançáveis por métodos convencionais, ou só alcançáveis por meios mais custosos que a colaboração (uma infiltração de agente, por exemplo).³⁹²

Assim, já que a lei dispõe expressamente “efetiva colaboração”, percebe-se que ela não prestigia qualquer atividade colaborativa, mas apenas as que tenham mais potencial de impacto positivo na persecução penal.³⁹³ Com efeito, não se pode esquecer que a colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, ou seja, sua finalidade última é trazer efetividade à persecução penal. Desse modo, tomar o critério estritamente cronológico implicaria correr o risco de ter de abrir mão de colaborações muito mais propiciadoras à investigação do que a temporalmente primeira já realizada, vez que os investigadores já teriam perdido o trunfo negocial do não oferecimento da denúncia.

Portanto, entende-se que a primariedade da “efetiva colaboração nos termos deste artigo” concerne muito mais à inediticidade do conteúdo da colaboração – o qual deve ser de

poderia ter sido mais explícita a declaração feita no bojo de um caso concreto logo após serem publicizados alguns resultados de um dos maiores acordos de colaboração da história brasileira (cognominado “delação da JBS”) por um investigador que utiliza a colaboração premiada. “Imagine quantos corruptos não devem estar pensando ou conversando com seus advogados sobre as vantagens de se adiantar e procurar o MPF para contar o que sabem, antes de serem delatados por comparsas, ou de serem acordados pela Polícia Federal ao nascer do sol. O recado é que a água está limpa para quem chega primeiro.” (BRANDT, Ricardo; MACEDO, Fausto. Efeito ‘Joesley’ levará a ‘avalanche’ de delações, diz Lava Jato. **Estadão**, 5 jun. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br>> Acesso em: 21 jun. 2017) Na doutrina, encontra-se que “se todos estão falando, a melhor alternativa é cooperar também, uma vez que as provas vão ficando cada vez mais robustas e comprometedoras.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 220)

390“Omertà” seria uma corruptela da palavra italiana “umiltà”, que significa humildade. Essa “humildade” refere-se, no âmbito das organizações criminosas italianas cognominadas “máfia”, à conduta de exercício total do silêncio e de não cooperação que qualquer participante de atividade criminosa – ou mesmo qualquer um que venha a ter conhecimento dela – deve empreender em face dos investigadores. Romper com a *omertà*, nesse contexto, pode acarretar tortura e morte. (PAOLI, Letizia. **Mafia brotherhoods: organized crime, Italian style**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 108 a 110) Genericamente *omertà* pode se referir simplesmente ao vantajoso (para os demais criminosos) silêncio que um investigado pode optar por exercer.

391Ver, acima, item 3.2.1.

392Importante ser lembrado aqui que “ao contrário dos outros meios de obtenção de provas disciplinados no art. 3º da Lei 12.850/2013, a colaboração premiada é o único deles que depende da concordância do colaborador para que seja efetivada. Os demais meios de obtenção de prova decorrem de um ato estatal coativo previsto em lei, em geral dependente de sigilo absoluto e que restringe, por ato estatal, os direitos fundamentais do investigado. A colaboração premiada, por sua vez, é o único meio de obtenção de prova que não pode ser imposto ao colaborador, seja direta, seja indiretamente.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**..., p. 58) No mesmo sentido: GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Déjà vu**..., p. 12.

393Conforme asseverou o criminalista Alexandre Wunderlich, “em acordo de delação ou leniência, quanto mais informações e linhas de investigação são abertas com ineditismo, maior é a premiação. Enquanto não compreender essa lógica, o senso comum não vai entender essa nova dinâmica. O modelo de punição clássico não se aplica.” (ELY, Débora. Por que a JBS teve mais benefícios no acordo de delação premiada. **Gaúcha ZH**, 23 mai. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br>> Acesso em: 9 nov. 2018)

extrema relevância para fazer jus ao maior prêmio – do que meramente à data em que iniciadas as tratativas ou assinado o acordo.

4.6 FLEXIBILIDADE DAS SANÇÕES PREMIAIS E INCENTIVO À PRESTEZA³⁹⁴

Já a partir do artigo 4º, cabeça³⁹⁵, entende-se que todas as medidas de atenuação de punição lá previstas estão à disposição do estado-investigador para obter as melhores informações a fim de potencializar a persecução criminal. Dessa forma, optar por uma interpretação rígida, no sentido de ser obrigado a escolher apenas uma dentre as opções premiais do dispositivo resultaria em engessar as negociações para um acordo de colaboração. Portanto, conclui-se que o “ou” presente em sua redação não é exclusivo; pelo contrário, quer significar que qualquer das medidas ou mesmo mais de uma delas podem ser previstas no acordo de colaboração, inclusive progressão facilitada de regime, sanção premial prevista no artigo 4º, § 5º. Com efeito, as partes não terão de abandonar a possibilidade de abrandar a progressão do regime caso clausulem uma redução de pena, e vice-versa.³⁹⁶ Além de atender à potencialização da investigação, essa interpretação também enseja ajustar melhor uma resposta com base na culpabilidade (reprovabilidade) das condutas do caso concreto confessadas.³⁹⁷

Com efeito, uma vez que vários delitos distintos podem ser cometidos no bojo de uma organização criminosa – dos mais graves aos mais simplórios –, e muito variadas podem ser as contracondutas – em extensão e intensidade –, seria inadequado engessar a possível

394Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 5º, que dispõe: “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.”

395Ver, acima, tópico 4.1.

396Há quem entenda que, em observância à devida redução dos prêmios conforme a demora para encetar a atividade colaborativa, deve haver alternatividade (exclusividade) entre a redução das penas até a metade e a facilitação na progressão de regime (FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada...**, p. 134 e 135). Considera-se, neste estudo, tal posicionamento exagerado, fundamentando-se essa posição nas razões expostas neste tópico 4.6.

397Em consonância, já se asseverou que “nos acordos de colaboração há muito mais atenção às particularidades do caso concreto e aderência à situação pessoal do colaborador do que em um processo tradicional.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 88)

resposta consensual. A possibilidade de combinar o perdão com reduções e substituições das penas e/ou com progressões de regime facilitadas, enseja ajustar melhor a resposta estatal para cada caso.³⁹⁸

Nesse ponto, há quem indique tratar-se de falha legislativa ser previsto apenas um limite máximo de redução das penas (dois terços), ausente um limite mínimo, recomendando-se que se tome como parâmetro a redução de 1/6 (um sexto), *quantum* menor de redução punitiva encontrado no código penal.³⁹⁹ Não obstante, tal recomendação só faria sentido no bojo da aplicação de mera causa especial de redução de penas, é dizer, quando trata-se de ato discricionário do juízo. Não é o caso da lei 12.850/13.⁴⁰⁰ Com efeito, as partes são totalmente livres para chegar a um acordo sobre o piso de redução. Dessa forma, a lei, racionalmente, estipula apenas um limite máximo para o consenso negocial, sendo totalmente desnecessário um mínimo, que será fixado, derradeiramente, pela vontade do pretense colaborador⁴⁰¹, vez que simplesmente não acederá à colaboração caso considere demasiadamente diminuto o limite inferior da benesse.⁴⁰²

³⁹⁸Ratificando esse entendimento, tem-se o seguinte. “Pode-se identificar no acordo de colaboração a demasia do perdão judicial como benefício, a um só passo em que insuficientes a redução de pena privativa ou a substituição isoladas. Nesse sentir, a adição de dois benefícios mais brandos encontraria resposta adequada, que se situaria entre o perdão e a redução de pena.” (FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 118)

³⁹⁹LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 535. FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 117.

⁴⁰⁰Colhe-se convergentemente da doutrina que, nas hipóteses de sanções premiaias previstas em leis anteriores à 12.850/13, “a concessão e a escolha desses benefícios ficavam exclusivamente a cargo do Estado. Agora a Lei nº 12.850/13 prevê expressamente a participação ativa do acusado e de sua defesa técnica na celebração do acordo, o que lhe permite uma avaliação muito mais eficaz acerca da pertinência do acordo a ser celebrado. Permite-lhe avaliar se os benefícios oferecidos realmente valerão à *[sic]* pena.” (ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. **A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos**..., p. 355)

⁴⁰¹Pertinente destacar a que o Supremo Tribunal Federal já tomou consciência da mudança de paradigma já em marcha quanto ao modelo de justiça criminal brasileiro. Exemplifica-se com o seguinte excerto de reverberado julgado. “A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal. Esse aspecto que venho de referir mostra-se adequado a um modelo, iniciado na década de 1990, que claramente introduziu um novo paradigma de Justiça criminal, em que o elemento preponderante passa a ser o consenso dos protagonistas do próprio litígio penal. Na realidade, a colaboração premiada ajusta-se, de certo modo, a esse novo paradigma que consagra, agora de maneira muito mais expressiva, considerado o marco normativo resultante da Lei nº 12.850/2013, um modelo de Justiça consensual, em que prevalece, tendo em vista os benefícios de ordem premial acessíveis ao autor do fato delituoso, o princípio da autonomia de sua vontade.” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 243 do inteiro teor do acórdão)

⁴⁰²Nesse sentido, já se asseverou que “o réu não deve ser considerado um incapaz. [...] O estado não deve proteger o indivíduo de si próprio. O melhor juiz das vantagens da colaboração é o próprio réu.” (COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR, Américo. **Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada**..., p. 73)

Esclarecido o que se entende por flexibilidade na negociação das sanções premiaias, tem-se que a lei 12.850/13 delimita três momentos para se obter um acordo de colaboração que ensejam aprioristicamente diferenciações nos prêmios. Com efeito, somente antes do oferecimento da denúncia o imputado poderá pleitear a “imunidade processual” (artigo 4º, § 4º). Após oferecimento da denúncia até a prolação da sentença, resta possível clausular o perdão das penas, sua substituição, redução de até 2/3 (dois terços) do total das penas e critérios menos severos para progressão de regime. Após a sentença, só restam as opções de redução das penas até 1/2 (metade) e de progressão de regime facilitada.

Nessa esteira, note-se que, no caso de uma sentença absolutória, o único incentivo para encetar uma colaboração seria a probabilidade de o juízo posterior reformar a sentença. Tal risco é por ninguém melhor estimado que pelo réu e seu defensor.⁴⁰³ Já no caso de uma decisão condenatória, o réu provavelmente anteveria um risco muito maior: o de a condenação ser mantida pelo juízo posterior. Em qualquer caso, em já havendo sentença, seja ela condenatória ou absolutória, os possíveis prêmios a uma colaboração são menores do que os do artigo 4º (perdão das penas, redução em até dois terços da privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos). Esses prêmios menores estão coerentes com a finalidade do instituto da colaboração processual, pois configuram um incentivo para o investigado ou réu não “deixar o processo correr” a fim de averiguar se será útil ou não colaborar, tornando mais proveitoso para ele tomar a decisão colaborativa o quanto antes (objetivando maiores benefícios).

Se assim não estivesse previsto – e as benesses alcançáveis fossem as mesmas antes e depois da sentença –, haveria muitas instruções de primeiro grau tornadas desnecessárias, cujas sentenças nunca seriam executadas (devido a acordos realizados após serem proferidas). E resultados investigativos resultantes unicamente de colaborações demorariam muito mais para serem alcançados – pois teriam de esperar toda a tramitação de um processo em primeiro grau –, o que implicaria aumento exponencial do tempo para conclusão da persecução criminal (como uma reação em cadeia) de todos os envolvidos. Portanto, afere-se plena racionalidade nessa restrição dos prêmios para quem decide esperar pela sentença antes de se dispor a colaborar.

403Ver, acima, item 3.3.1.

Seguindo a mesma lógica da redução do prêmio para quem só colabora depois da prolação de uma sentença, o prêmio para quem já está cumprindo pena é o menor de todos. É resultado da precificação de uma colaboração tomando-se como critério o tempo demasiado que o interessado deixou transcorrer até decidir-se por colaborar com a justiça. Com efeito, quanto antes se iniciar uma tarefa colaborativa, antes poderão ser interrompidas atividades criminosas e mais rapidamente o trabalho investigativo obterá sucesso. Daí menores prêmios para colaborações tardias. O raciocínio é simples.

Esclarecida a lógica da decrescente premiação conforme o momento da persecução em que formalizado um acordo de colaboração, entende-se que, ultrapassados os dois marcos – oferecimento da denúncia e prolação da sentença –, o leque de possíveis prêmios simplesmente vai sendo reduzido, é dizer, não surgem novas modalidades premiaias exclusivas para os momentos posteriores. Dessa forma, diferentemente de parte da doutrina⁴⁰⁴, não se afere problema algum em se negociar a redução de metade da pena ou a progressão de regime já antes da sentença.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já homologou diversos acordos de colaboração premiada com tais disposições, assentando sua juridicidade (constitucionalidade + legalidade). Quer parecer que os ministros, neste ponto, entenderam pela aplicação do critério hermenêutico *a maiori, ad minus*, o que enseja o sucesso de negociações mais ajustadas a cada caso concreto, sendo, ao final, potencializada a persecução penal.⁴⁰⁵

Ressalta-se que a redução das penas pela metade e a facilitação na progressão de regime poderão ser negociadas e concedidas mesmo após o trânsito em julgado, na fase de execução. Há quem acuse essa hipótese de inconstitucional, pois feriria o trânsito em julgado.⁴⁰⁶ Não obstante, tal posição parece brandir uma garantia de estabilidade da decisão

404Há, por exemplo, quem considere, tomando uma interpretação rígida e estanque da 12.850/13, ilegal negociar a redução de metade da pena ou a progressão de regime antes da sentença: NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**..., p. 67.

405Tal qual exposto adiante, no item 4.8.2, sob enfoque ligeiramente diverso.

406BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**..., p. 129.

judicial tanto em desfavor do condenado como em prejuízo à persecução penal, dever fundamental do estado.⁴⁰⁷ Assim, inconstitucional afigurar-se-ia, isso sim, vedar a possibilidade de colaborar a quem já esteja cumprindo pena definitiva.

Pelo que exposto até aqui, fica patente que, quanto mais o imputado demorar para encetar a atividade colaborativa, menor será a possibilidade de obter os maiores prêmios. Isso é um grande acerto do legislador, pois consubstancia incentivo para eventuais interessados não tardarem a colaborar com a justiça. Na persecução penal, velocidade é importante.

Nessa esteira, só resta discordar da proposição de que “o reconhecimento, quando da sentença (artigo 4º, § 11), dos benefícios penais ao processado que não tenha firmado colaboração formal, atende ao princípio da isonomia ao conferir-lhe resposta penal equivalente ao do réu-colaborador”⁴⁰⁸. Primeiramente, nem a lei nem a constituição preveem qualquer norma – seja regra, seja princípio⁴⁰⁹ – de isonomia para esse caso. Em segundo lugar,

407Reproduz-se contundente posicionamento, congruente com o deste estudo. “Lembremos da revisão criminal, que simplesmente possui a plena viabilidade de rever a coisa julgada, e dar um rumo completamente diverso ao caso. Façamos um retrospecto pelo princípio constitucional da individualização da pena, que não se concretiza unicamente na sentença condenatória (individualização judicial), pois existe a individualização executória da pena. Vale recordar que a *condenação* criminal é bem diversa da civil. Ela espelha um título mutável, conforme o comportamento do sentenciado, que pode passar do regime fechado (lembremos que regime também faz parte da pena) ao semiaberto e ao aberto. Nenhuma razão existe para impedir a diminuição da pena ou a mudança de regime se o condenado tomar atitude positiva aos olhos do Estado. Sustentamos que o dispositivo é francamente constitucional, útil, aplicável, moralmente elevado e estimulante de uma postura de resgate dos males feitos anteriormente, entregando membros do crime organizado – tudo o que a sociedade mais deseja. Se uns prezam pelo silêncio do condenado, muitos aplaudem a colaboração, que, obviamente, merece um prêmio.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa...**, p. 68, destaque original)

408FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada...**, p. 127 e 128.

409“*Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.*” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83) “*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización [mais precisamente, “mandados a serem otimizados”] que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.*” (Ibidem, p. 86 e 87) “*Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas.*” (Ibidem, p. 88) “*Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un*

se entendida a isonomia como um argumento interpretativo na aplicação da lei 12.850/13, resta ele afastado, vez que, como já se expôs acima, deve-se tratar diferentemente o colaborador mais eficiente e eficaz⁴¹⁰, de forma a potencializar a efetividade da persecução penal.

Nessa esteira, em não havendo sido formalizado acordo de colaboração conforme disciplina a lei 12.850/13, eventual contraconduta do imputado poderá, no máximo, ser recompensada via reconhecimento de causa especial de diminuição de pena ou de alguma modalidade de perdão judicial, duas hipóteses enquadradas precipuamente na discricionariedade do julgador (exemplos: lei 9.613/98, artigo 1º, § 5º; lei 9.807/99, artigos 13 e 14; lei 11.343/06, artigo 41), vez que não amparadas por um negócio jurídico processual apto a gerar direito subjetivo.⁴¹¹

Ainda, considera-se neste estudo que o risco de haver mendacidade nas declarações do pretense colaborador após a sentença não difere consideravelmente daquele que existe, por exemplo, na fase investigatória.⁴¹² Nessa linha, só resta concluir que há “puro cálculo”⁴¹³ na

principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.” (Ibidem, p. 89)

410Ver, acima, item 4.1.3.

411Ver, acima, item 4.1.1 e, adiante, tópico 4.9. Além disso, assevera-se que esse entendimento já se encontra estampado na jurisprudência. Tome-se como exemplo, novamente, a paradigmática ACR 5046512-94.2016.4.04.7000, cujo trecho pertinente encontra-se transcrito na nota de rodapé n. 347. Na doutrina, também reconhecendo a insegurança do colaborador sem acordo escrito: BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal..., p. 369. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 110 e 111.

412Em sentido contrário: FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 133.

413Ibidem. Acrescenta-se que, corroborando a pervasividade da realização de um cálculo, ou análise, de custos e benefícios por parte do pretense colaborador, encontra-se na doutrina italiana que “sua estratégia é utilitarista: assim como era-lhe útil delinquir, agora é-lhe útil colaborar. Não é uma escolha de lado, é um cálculo. Ao utilitarismo do criminoso responde o utilitarismo do processo: este necessita de informações; o criminoso as tem; o processo paga-lhe da única maneira que pode: reduzindo-lhe a pena.” Traduziu-se do original: “*La sua strategia è utilitaristica: come per lui era utile delinquere, ora per lui è utile collaborare. Non è una scelta di campo, è un calcolo. All'utilitarismo del criminale risponde l'utilitarismo del processo: il processo ha bisogno di informazioni; il criminale le ha; il processo gliela paga nell'unico modo che può: scontandogli la pena.*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione. **Cassazione penale**: rivista mensile di giurisprudenza, n. 10, p. 3452, Milano: Giuffrè, 2004, p. 3452) No mesmo sentido, consta na doutrina brasileira que “a escolha consciente e voluntária pela colaboração premiada pressupõe um cálculo de custo-benefício, evidenciando o caráter utilitário da medida. O criminoso avaliará o benefício esperado (vantagens que receberá pela cooperação) e o custo esperado (aí considerados, de um lado, o risco em não cooperar, ou, de outro lado, os efeitos do descumprimento do acordo).” (BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal..., p. 373)

escolha pela atividade colaborativa independentemente de em que fase da persecução penal (inquérito ou processo) – ou da execução – ela ocorrer, sem que a voluntariedade do imputado reste maculada. Com efeito, repisa-se, descabe confundir voluntariedade com arrependimento íntimo.⁴¹⁴

4.7 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SISTEMA ACUSATÓRIO⁴¹⁵

4.7.1 Caráter negocial do acordo como concretização do sistema acusatório

Pode-se dizer que, no Brasil, costuma-se confundir o sistema acusatório com o modelo de processo adversarial (mormente no âmbito do direito penal), tamanhas suas afinidades. O primeiro é fulcrado na característica inarredável de separação entre os órgãos de acusação, de defesa e de julgamento. Já o modelo adversarial diz respeito à preponderância das partes quanto à iniciativa probatória e ao impulso do processo, podendo mesmo haver matizações nesse sentido.⁴¹⁶ Historicamente, o aumento da autonomia das partes está atrelado

414Em convergência, já se asseverou o seguinte. “Irrelevantes, ainda, os motivos que o levam [o imputado] a colaborar, vale dizer, se por arrependimento sincero ou por mero cálculo utilitarista, por exemplo, depois da sua prisão ou de outros copartícipes terem colaborado.” (CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**..., p. 221) Ainda: “[...] salvo num caso excepcional (quicá existente somente num imaginário mundo ideal), em que o réu efetivamente se arrepende dos delitos cometidos, a colaboração se realiza quase sempre pela razão utilitarista de recebimento de benefícios legais, de modo que um investigado/réu com boas chances de ver seu processo se arrastar até a prescrição dificilmente optará por contribuir com a persecução penal.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada**..., p. 257, nota de rodapé n. 3) No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**..., p. 119. BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal..., p. 381. CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira..., p. 284 e 292. FARIAS, Valdoir Bernardi de. **Delação premiada**..., p. 152. FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 343. SZNICK, Valdir. **Crime organizado**..., p. 368. Ver ainda, acima, item 4.1.4 e nota de rodapé n. 57.

415Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 6º, que dispõe: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.”

416“Denomina-se ‘adversarial system’ o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No ‘inquisitorial system’, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos *acusatório-inquisitório* [...] e *adversarial-inquisitorial* [...]. O termo processo *inquisitório*, em oposição ao *acusatório*, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o ‘adversarial system’ ou o ‘inquisitorial system’, expressão que se poderia traduzir por ‘processo de desenvolvimento oficial’. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, vol. 1, n. 18, p. 15, jan./jul. 2005, p. 16, destaques originais) No mesmo sentido: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus**

à consolidação de garantias do acusado – as quais vão mesmo além da importante separação trina entre os atores do processo – do que, pode-se facilmente supor, originou-se a atualmente pervasiva sinonimização entre sistema acusatório e modelo (ou sistema) adversarial.⁴¹⁷ De qualquer modo, segundo Richard Vogler, praticamente todas essas garantias surgiram dentro de curtíssimo período, de 1730 a 1770, nas cortes inglesas.⁴¹⁸ Portanto, percebe-se que não é à toa que a transação na seara penal é oriunda do – e pervasiva no – *common law*. O aumento da autonomia das partes e o conseqüente maior espaço para consenso entre acusação e defesa estão entranhados no florescimento do sistema acusatório com caráter acusatorial (marcante na tradição do *common law*). Sistema esse que passou a comportar diversas garantias que vigem atualmente também no ordenamento brasileiro.⁴¹⁹

princípios reitores..., p. 112 e 113.

417Note-se que, se não for comedida – a despeito da vontade das partes – a atividade do órgão julgador na produção de elementos informativos, acaba-se mesmo por corromper a separação entre atores processuais exigida para se configurar o sistema acusatório. Nessa linha, já se asseverou que “a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação prévia [...] não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório..., p. 21) E, lembra-se, a colaboração premiada foi disciplinada pela lei 12.850/13 precisamente como técnica de investigação, empregável já na fase pré-processual. Corroborando, portanto, essa primeira advertência, aduz-se que “se, do ponto de vista *formal*, a iniciativa probatória do juiz não se presta a desqualificar um sistema de natureza acusatória, de outro lado, do ponto de vista *material*, isto é, ao exame da situação concreta, uma autorização probatória sem contornos e sem controle poderia abrigar uma atuação judicial *substitutiva* das funções do Ministério Público, aproximando-a atividade acusatória.” (FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**..., p. 345, destaques originais) Além disso, tem-se que a atividade *criativa* do estado-juiz no acordo de colaboração consubstanciaria – para além da possível enervação do princípio acusatório da persecução penal – uma imposição de conduta a ser realizada pelo imputado, bem como uma modulação da pretensão investigativa da polícia ou do ministério público, o que implicaria, em ambos os aspectos, substituição à vontade das partes negociais, destruindo a consensualidade que a colaboração premiada exige.

418Para além disso, ensina o mencionado autor o seguinte. “O que foi criado nesse período pelos perseverantes e repetidos argumentos dos advogados perante as cortes, era o conceito de um réu que não fosse o objeto passivo de uma investigação oficial, mas um sujeito ativo e participante no processo. O processo penal fora pela primeira vez dividido em duas fases: a primeira dominada pela acusação, e a segunda, pela defesa. Além disso, todo o procedimento era agora ordenado por um arranjo de direitos processuais e presunções que almejavam todos proteger o réu frente ao poder desproporcional do estado. Os direitos desenvolvidos nesse período incluíam o direito a um julgamento correto [*fair*] público, a presunção de inocência, o direito ao silêncio, as proteções probatórias contra testemunho de *hearsay* [*testemunho indireto*] e de mau-caratismo, e o ônus da prova sobre a acusação.” Traduziu-se do original: “*What was created in this period, by the patient and repeated arguments of the trial lawyers, was the concept of a criminal defendant who was not the passive object of an official inquiry but an active subject and participant in the process. The criminal trial was for the first time divided into two phases, the first dominated by the prosecution, the second by the defence. Moreover, the whole procedure was now ordered by an array of process rights and presumptions which were all aimed at protecting the defendant from the disproportionate power of the state. The rights, developed at this period, included the right to a fair trial in public, the presumption of innocence, the right of silence, the evidential protections against hearsay and bad character testimony, and the burden of proof on the prosecution.*” (VOGLER, Richard. **Due process**..., p. 939)

419Por exemplo, a própria constituição da república, no artigo 5º, prevê, entre outros, o juiz natural (inciso LIII), a proibição de provas ilícitas (inciso LVI), a publicidade dos julgamentos (inciso LX), a imediata comunicação de prisão (inciso LXII), o direito ao silêncio (inciso LXIII), o hábeas-córpus (inciso LXXVIII).

Amparado nessa autonomia das partes está o artigo 4º, § 6º, o qual, além de preservar o caráter do sistema acusatório (o órgão julgador somente julga, não participa da atividade acusatória)⁴²⁰, fala em favor de se incumbir ao juiz somente o dever de averiguar regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo produzido⁴²¹, estando ele impedido de tangenciar o mérito, ou seja, a dimensão dos benefícios prometidos ao colaborador enquanto conformados aos limites do ordenamento jurídico. Portanto, a atividade do juiz será de verificação, podendo emitir um juízo negativo quanto aos requisitos legais, não de construção, devendo abster-se de inventar cláusulas para o acordo.⁴²²

Assim, esse dispositivo comanda, com uma clareza solar, que ao juiz é proibido intervir no acordo entre as partes (do visado negócio jurídico) tanto na fase de negociação como na de homologação.⁴²³ Desse modo, tal norma, além de tutelar a livre disposição da vontade entre as partes dentro do espaço normativo, consolida traço do sistema acusatório brasileiro, vez que, sendo a colaboração premiada técnica de investigação, a participação do poder judiciário na formulação de cláusulas contratuais consubstanciaria atividade investigativa judicial que desbordaria em muito dos lindes das exceções previstas no código de processo penal, artigo 156⁴²⁴.⁴²⁵

420No mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: comentários à nova lei sobre crime organizado. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69. FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**..., p. 333 e 334. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 120. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 552. MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015, p. 135.

421Ver, adiante, tópico 4.8.

422Ver, adiante, tópico 4.9.

423Sobre esse ponto, colhe-se de voto do ministro Edson Fachin que, “nessa fase homologatória, repiso, não compete ao Poder Judiciário a emissão de qualquer juízo de valor acerca da proporcionalidade ou conteúdo das cláusulas que compõem o acordo celebrado entre as partes, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, dando-se concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito. Entendimento contrário, *data venia*, colocaria em risco a própria viabilidade do instituto, diante da iminente ameaça de interferência externa nas condições acordadas pelas partes, reduzindo de forma significativa o interesse no ajuste. Essa ‘postura equidistante’ do juiz em relação às partes no processo penal, informa o comando legal citado que prestigia o sistema acusatório; [...]” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 19 do inteiro teor do acórdão)

424“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

425Em plena consonância, colhe-se de manifestação do ministro Alexandre de Moraes que “o Poder Judiciário não poderá invadir a legítima escolha feita consensualmente, entre as opções legal e moralmente reservadas para a realização do acordo de colaboração, de maneira a, simplesmente, alterar a opção licitamente

4.7.2 Manifestação do ministério público e inexistência de capacidade postulatória da autoridade policial

Tal qual já se abordou mais demoradamente acima (item 4.3.1), tanto o delegado de polícia como o ministério público, no âmbito do acordo de colaboração premiada, são partes em um negócio jurídico processual, não partes processuais.

Portanto, por um lado, basta o conhecimento ministerial sobre a representação da autoridade policial pela homologação para que o juízo possa decidir por homologar o acordo, desfalecendo a ideia de necessidade de ratificação ministerial para haver a decisão homologatória, única exceção feita para a promessa de imunidade processual, a qual só o ministério público pode oferecer.⁴²⁶ Não obstante, o órgão ministerial sempre poderá contribuir argumentativamente à decisão do juízo.

Por outro lado, não há aferir “capacidade postulatória” da autoridade policial a partir de sua legitimidade para encetar o acordo, até mesmo porque, havendo decisão denegatória quanto à homologação, o delegado de polícia não poderá recorrer, face à taxatividade do código de processo penal, artigo 577⁴²⁷.⁴²⁸

4.7.3 Legitimidade de nominados ou delatados para impugnar o acordo

Terceiros nominados no acordo, mesmo na posição de delatados (imputados criminalmente), não podem interferir em suas cláusulas.⁴²⁹ O tema já se encontra bem assentado em vários precedentes do Supremo Tribunal Federal. Tome-se, como exemplo, o HC 127.483 (publ. 2016), a Pet 5.885 (publ. 2016) e o Rcl 21.258 AgR (publ. 2016).⁴³⁰ É fácil

realizada, sob pena de atentar contra a *ratio* legal e o sistema penal acusatório consagrado constitucionalmente.” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 342 do inteiro teor do acórdão)

426Ver, acima, item 4.3.1.

427“Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.”

428No mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**..., p. 55 e 56.

429No mesmo sentido: VERÍSSIMO, Carla. **Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada**..., p. 117.

430Da própria ementa desse último julgado mencionado, prontamente colhe-se que, sendo o acordo de colaboração negócio jurídico processual personalíssimo, “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 em seus possíveis resultados [...] A homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as

compreender o fundamento principal dessa posição: não importa o quão intensa seja a indigitação de crimes ao delatado, ele terá plena possibilidade de contraditar toda e qualquer acusação formal daí oriunda em subseqüente processo criminal, restando, portanto, hígidos o contraditório e a ampla defesa.⁴³¹ Assim, não há por que franquear acesso de terceiros ao negócio jurídico processual personalíssimo que consubstancia o acordo de colaboração.

Com efeito, permitir que eventuais nominados interferissem prematuramente na persecução penal, ou seja, em uma fase estritamente investigativa, que por si só não garante sequer benefícios ao pretense colaborador – delação não corroborada é colaboração não efetivada –, quanto menos condenação dos delatados, seria ferir de morte essa técnica especial de investigação, pois a emperraria antes mesmo que pudesse ser demonstrada, no caso concreto, sua efetividade probatória.⁴³²

4.8 CRITÉRIOS DA VALIDADE DO ACORDO⁴³³

imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas. [...] As cláusulas do acordo de colaboração, contra as quais se insurge o agravante, não repercutem, nem sequer remotamente, em sua esfera jurídica, razão por que não tem interesse jurídico nem legitimidade para impugná-las.” (STF, Rcl 21.258 AgR, 2ª Turma, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 15/3/2016, publ. 20/4/2016)

431 Também o Superior Tribunal de Justiça já assentou esse entendimento. “1. O acordo de colaboração premiada, negócio jurídico personalíssimo celebrado entre o Ministério Público e o réu colaborador, gera direitos e obrigações apenas para as partes, em nada interferindo na esfera jurídica de terceiros, ainda que referidos no relato da colaboração. [...] 3. Não há direito dos ‘delatados’ a participar da tomada de declarações do réu colaborador, sendo os princípios do contraditório e da ampla defesa garantidos pela possibilidade de 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.” (STJ, RHC 68.542/SP, 6ª Turma, relatora: Maria Thereza de Assis Moura, unanimidade, j. 19/4/2016, publ. 3/5/2016) Há ainda julgado mais recente que consolida o precedente: STJ, RHC 69.988/RJ, 5ª Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca, unanimidade, j. 25/10/2016, publ. 7/11/2016.

432 Quer parecer que essa mesma razão – a qual, nota-se, repousa em tratar-se a colaboração premiada de meio de obtenção de prova – tutela o sigilo do acordo, conforme decisão unipessoal exarada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a ocorrência de ‘vazamentos seletivos’ – a partir dos quais determinados dados sigilosos vêm a público de forma ilícita –, conquanto reprovável, não justifica que se comprometa o sigilo de toda a operação, ou da parcela que ainda se encontra resguardada.” (STF, MS 33.278, decisão unipessoal, relator: Roberto Barroso, j. 18/11/2014, publ. 20/11/2014)

4.8.1 Validade não se confunde com efetividade

À partida, afirma-se que esse dispositivo limita a análise judicial, nesta etapa, a traços formais da confecção do acordo, não podendo ser já abordada a carga probatória carreada na avença. Nessa linha, embora seja difícil estabelecer uma distinção semântica firme e estanque entre os vocábulos legalidade e regularidade⁴³⁴, por certo que ambos dizem respeito exclusivamente à validade (“forma”), não à idoneidade da carga probatória do acordo (seu “mérito”).⁴³⁵

Fica claro, portanto, que a efetividade (artigo 4º, cabeça, e § 4º, inciso II) – a qual abrange a eficácia (artigo 4º, §§ 1 e 11) – da contraconduta não poderá servir como critério para a homologação do acordo, porque é parâmetro para a concessão ou denegação dos prêmios, ou mesmo para a dosagem da extensão das vantagens caso o acordo deixe tal margem ao juiz.⁴³⁶ Com efeito, essa atividade ocorre no momento da sentença, após instrução probatória, não havendo como ocorrer em etapa de delibação. Em outras palavras, afirma-se que efetividade não é elemento da validade⁴³⁷ do acordo, e sim, da eficácia do negócio jurídico⁴³⁸, a serem avaliados quando da decisão de mérito, que julga com profundidade a produção probatória.

Assim, cabe fazer uma ressalva sobre a interpretação do artigo 4º, § 4º, inciso II, vez que ele menciona “efetiva” colaboração, quando o juiz deverá levar em conta traços substanciais de primariedade (inediticidade do conteúdo) para homologar ou não o acordo.⁴³⁹ Ora, inegável que, nessa etapa delibatória, o juiz só teria possibilidade de verificar eventual falta de inediticidade da colaboração oferecida, e não já a efetividade de uma colaboração

433Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 7º, que dispõe: “Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.”

434Ver, logo adiante, item 4.8.2.

435No mesmo sentido: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. **Colaboração premiada**..., p. 131.

436Ver, acima, itens 4.1.1 e 4.1.3.

437Conforme paradigmático precedente do Supremo Tribunal Federal, “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. Nesse sentido, aliás, o art. 4º, **caput** e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13 exige, como requisitos de validade do acordo de colaboração, a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos seus termos.” (STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016, p. 32 do inteiro teor do acórdão, destaques originais).

438Em sentido contrário: SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 56.

439Ver, acima, item 4.5.4.

cujo acordo ainda nem homologado fora. Desse modo, caberá – afora casos de aberrante inidoneidade das informações prometidas – proceder à homologação, sem prejuízo de que o ministério público posteriormente ofereça a denúncia contra o pretense colaborador se sua contraconduta terminantemente revelar-se inefetiva nas persecuções penais que pretensamente potencializaria.⁴⁴⁰

4.8.2 Legalidade e regularidade

Os contratos formam lei entre as partes. Mas essa lei não pode violar a lei geral, todos sabem. Trata-se da regra (aplica-se por meio de subsunção, não ponderação⁴⁴¹) da legalidade. Assim, com o escopo de distinção entre os três critérios postos no artigo 4º, § 7º, associa-se com legalidade o exame daquilo que prometido em troca de efetiva colaboração e também daquilo que prometido em troca das sanções premiaias.

Assim, o juiz deverá zelar para que não seja prevista vantagem de impossível realização (por exemplo, algo como um cumprimento em estabelecimento especial – salas de “estado maior” ou quejandos – que sequer existe) ou que desborde das modalidades de cumprimento de pena ou de benefícios abrangidos pelo ordenamento jurídico (descabem, por exemplo, penas vedadas pela constituição da república, artigo 5º, XLVII). Do mesmo modo, deverá averiguar se a execução da contraconduta prometida pelo potencial colaborador

implicaria alguma violação à ordem legal (por exemplo, uma produção ilícita de prova ou

⁴⁴⁰Esse entendimento já se encontra fixado em julgados de ambos os tribunais superiores. Exemplifica-se, primeiramente, com julgado do Supremo Tribunal Federal. “2. O. juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da referida Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito.” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, maioria, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018) E na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se o seguinte. “Reconhecimento de invalidade que equivaleria a asseverar que todos os acordos homologados no âmbito do STF são igualmente nulos. Homologação que, de forma clara e compreensível, enfatizou que competirá ao órgão julgador, no momento oportuno e no julgamento da Ação Penal, deliberar sobre a incidência e extensão dos benefícios pactuados. É dizer, em outras palavras, que o poder de aplicar ou não as vantagens prometidas competirá ao magistrado e dependerá ‘da efetividade, da extensão da colaboração e do alcance de um ou mais dos resultados elencados no *caput* do artigo 4.º da Lei 12.850/13’, conforme constou da decisão homologatória.” (STJ, APn 843/DF, Corte Especial, relator: Herman Benjamin, unanimidade, j. 6/12/2017, publ. 1/2/2018)

⁴⁴¹Ver nota de rodapé n. 409.

uma limitação à reparação de danos a terceiros, como ofendidos privados, que sequer participaram do acordo).⁴⁴²

Nesse ponto, é imperioso abordar a flexibilidade⁴⁴³ que a negociação pode ter e a importância disso. Quando se diz que as previsões de benesses não poderão desbordar os limites legais, significa simplesmente – explicitar-se-á por meio de exemplos – que, presente nos autos eventual indício de que o pretense colaborador tenha desempenhado papel de liderança na organização criminosa ou de que não haja inediticidade em sua colaboração⁴⁴⁴, não poderá ser prometida a não denúncia (artigo 4º, § 4º); ou que, encetada a colaboração anteriormente à sentença (artigo 4º, cabeça), eventual previsão de redução de pena privativa de liberdade não poderá ultrapassar 2/3 (dois terços) do total de penas conjecturadas; ou ainda que, em sendo a colaboração posterior à sentença (artigo 4º, § 5º), eventual redução não poderá exceder à metade da pena privativa de liberdade. É dizer, não se poderá conceder ao colaborador algo além do limite legal expressamente fixado. E talvez seria até desnecessário mencionar que também não se poderá clausular mais severamente do que cominado em lei.

Nessa esteira, eventual cumulação dos benefícios – como redução de pena privativa de liberdade, substituição dessas por restritivas de direito e mesmo a progressão de regime desvinculada de requisitos objetivos – podem compor um corpo de vantagens referente a um mesmo colaborador, pois, em verdade, ficam aquém dos limites máximos de redução da resposta punitiva previstos para cada uma das três oportunidades de colaboração (antes do oferecimento da denúncia, antes da sentença, após a sentença).

Veja-se que seriam irracionalmente estanques e rígidas demais as margens de negociação de um acordo de colaboração, encetado anteriormente à sentença, por exemplo, que não pudesse já dispor de progressão de regime desvinculada a requisitos objetivos.⁴⁴⁵ É de

442No mesmo sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**..., p. 96 e 97. De qualquer modo, concorda-se que “apenas a análise do caso concreto, com suas particularidades, que permitirá ao Poder Judiciário verificar a legalidade do benefício concedido [...]” (Ibidem, p. 104) Cabe aduzir: e mesmo a legalidade de todas as demais cláusulas.

443Questão já tangenciada acima, no tópico 4.6.

444Ver, acima, tópico 4.5.

445Em sentido contrário (pela rigidez na disposição dos possíveis prêmios): JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: quais são os limites? **Revista eletrônica de direito processual**, Rio de Janeiro, ano 10, vol. 17, n. 1, jan.-jun. 2016, p. 3. CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**..., p. 235. Interessante que, embora ambos esses autores passem ao largo das dificuldades fáticas de uma negociação amarrada à literalidade de termos transcritos de leis anteriores que tratavam da colaboração como mera causa especial de redução de pena ou simples perdão judicial (ver, acima, itens 3.2.3 e 3.3.2), Rodrigo Capez assevera que “se, por qualquer motivo, não se operar essa glosa na homologação e uma sanção premial *atípica* vier a ser judicialmente chancelada, a nosso ver, essa cláusula já não mais poderá ser sindicada na fase de julgamento da ação penal” (Ibidem, p. 235, destaque original), o que revela, pelo menos, a noção sobre a importância de se concretizar a vinculação ao que homologado e, por conseguinte, a segurança jurídica das partes do negócio jurídico (ver, adiante, item 4.9.1).

se questionar: teriam o pretense colaborador, a autoridade policial ou o ministério público, para poderem utilizar-se de uma benesse mais sutil do que uma redução de pena privativa de liberdade ou do que uma substituição desta por restritivas de direito, esperar a prolação de uma sentença para encetarem um acordo de colaboração com aquele prêmio? Faz mais sentido entender que, dentro da moldura de limites visualizados a partir de uma percepção ampla da lei (não tomados os dispositivos isoladamente), podem as partes negociais atuar conforme a máxima *in eo quod plus est semper inest et minus* (na acepção de que quem pode o mais, pode o menos).⁴⁴⁶

Essa liberdade regrada para a confecção do acordo atende tanto à finalidade da colaboração em si – a potencialização da persecução penal, vez que se trata de uma técnica de investigação –, por facilitar a obtenção de um acordo bem ajustado entre as partes, como à concretização da segurança jurídica, enquanto desdobramento da legalidade, vez que restam, sim, parâmetros para o julgador aferir se o que prometido tem respaldo na própria legislação penal, de modo a impedir promessas vãs ao pretense colaborador.

Maximizados, conforme a hermenêutica exposta, esses dois objetos (efetividade da persecução penal e segurança jurídica do colaborador), revelam-se vazias e mesmo perniciosas interpretações que advogam mínima margem negocial para as partes,

446No mesmo sentido, o seguinte trecho de voto do ministro Roberto Barroso. “Aqui – e eu gostaria de enfatizar isso –, o princípio da reserva legal em matéria penal é instituído, antes e acima de tudo, em favor do acusado, em favor do réu. Ele é uma garantia individual, uma proteção para o acusado. Se em acordo com o Ministério Público, firmado com assistência de advogado de defesa técnica e homologado pelo juiz competente, se neste acordo se der uma condição mais favorável do que aquela que esteja expressamente prevista na lei, se o juiz a aceitar e homologar, não vejo nenhum problema. [...] Portanto, a sanção negociada, mais favorável e homologada pelo juízo, parece-me perfeitamente legítima. E por qual razão? É que, se a lei permite o não oferecimento da denúncia, se a lei permite a concessão de perdão judicial, isto é, permite que se isente o colaborador da imposição de qualquer pena, a meu ver, é intuitivo que se admita o estabelecimento de condições outras, que não resultem na total liberação do colaborador. Simplesmente porque quem pode o mais – não oferecer denúncia ou negociar o perdão judicial – pode perfeitamente negociar uma sanção mais branda do que a que consta da textualidade da lei. Tudo isso se insere, Presidente, num contexto em que a jurisdição penal vem, ao longo dos últimos vinte anos, flexibilizando o dogma da indisponibilidade da ação penal, com a previsão legal expressa de suspensão condicional do processo e mesmo da transação penal.” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 65 e 66 do inteiro teor do acórdão)

alegadamente baseada em uma suposta estrita prevalência da legalidade penal⁴⁴⁷ sobre o negócio jurídico processual, mesmo que isso restasse menos benéfico ao imputado.⁴⁴⁸

Nessa esteira, salienta-se que, além dos marcos de redução na restrição da liberdade, os investigadores também podem temperar os incentivos reduzindo o impacto patrimonial das sanções. Tal entendimento já encontrou respaldo em paradigmático precedente do Supremo Tribunal Federal e fundamenta-se em uma interpretação teleológica jungida ao brocardo “quem pode o mais, pode o menos”, é dizer,

embora o confisco, de acordo com o art. 92, II, c, do Código Penal⁴⁴⁹, não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma interpretação teleológica das expressões “redução de pena”, prevista na Convenção de Palermo⁴⁵⁰, e “mitigação de pena”, prevista

447Nessa esteira, já foi exarado doutrinariamente que “o princípio da legalidade não tem o condão de impedir a utilização de analogia *in bonam partem*, pois se busca não ampliar o âmbito punitivo do Estado, mas, sim, conceder benefícios adequados à situação concreta e aderente à condição do imputado. [...] Como o próprio nome diz, está se tratando de *benefícios*, ou seja, de normas premiais e favoráveis ao acusado, que visam a estimulá-lo a se desvincular da organização criminosa e contribuir com o Estado.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 80) No mesmo sentido: COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR, Américo. **Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada...**, p. 67 e 68.

448Sobre o ponto, imperioso aduzir trecho de decisão unânime do Supremo Tribunal Federal que prestigia essa liberdade negocial das partes aqui defendida e até vai além. “[...] não é plausível a tese segundo a qual a fixação de sanções premiais não previstas em lei violaria o princípio da legalidade e tornaria inválido o acordo. Isso porque o referido princípio é uma garantia instituída em favor do jurisdicionado contra o arbítrio do Estado, para evitar que o indivíduo seja punido por conduta que não era considerada criminosa no momento da sua prática, nem seja punido com penas superiores às previstas no ordenamento à época dos fatos, de modo que não faz sentido que a garantia seja observada contra o garantido. 19. Assim, a fixação de penas mais favoráveis ao colaborador, e aceitas por ele, de forma livre e consciente, o que foi atestado pelo fato de o acordo ter sido devidamente homologado, não ofendem o princípio da legalidade. 20. No ponto, não se pode acolher a tese de que o colaborador seria induzido em erro pela oferta de um prêmio não expressamente previsto em lei. Como se afirmou, tendo sido assistido por advogado em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, a previsão no acordo de um prêmio mais benéfico que os expressamente previstos em lei, não lhe traria qualquer prejuízo, tampouco afetaria a voluntariedade da manifestação da vontade. Em se tratando de prêmio eventualmente inexequível, não me parece razoável imaginar que a defesa deixaria de aconselhar o colaborador a não firmar o acordo. De todo modo, não é o caso dos autos. (STF, Inq 4.405 AgR, 1ª Turma, relator: Roberto Barroso, unanimidade, j. 27/2/2018, publ. 5/4/2018, p. 10 e 11 do inteiro teor do acórdão)

449Nota própria (não consta no original). Não existe no código penal um “art. 92, II, c”. Trata-se de erro material do voto. O confisco que a decisão refere está no código penal, artigo 91, inciso II, alínea ‘b’. Veja-se: “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.”

450Nota própria (não consta no original). Item 26.2 dessa convenção: “Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.”

na Convenção de Mérida⁴⁵¹, permite que elas compreendam, enquanto abrandamento das consequências do crime, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação.⁴⁵²

Constata-se que essa interpretação, amparada em duas convenções internalizadas pelo Brasil, permite ajustar melhor uma negociação ao caso concreto e fala em favor da liberdade negocial entre as partes. Com efeito, Andrey Borges de Mendonça colheu, no âmbito do caso Lava Jato, mais de uma dezena de exemplos de benefícios não expressamente previstos em lei, mas que não extrapolam os lindes legais na acepção suprarreferida nem ofendem o ordenamento jurídico como um todo (estão, portanto, dentro do âmbito de negociabilidade), tanto que restaram todos homologados.⁴⁵³

Ainda nessa linha de raciocínio, que preza por interpretar a legalidade como uma garantia do imputado frente ao poder punitivo do estado e não como um ônus a ser suportado pelo primeiro – como ocorreria caso aplicada a legalidade estrita em desfavor do indivíduo –, entende-se perfeitamente possível clausular, se for do interesse do colaborador, o cumprimento antecipado das penas já a partir da homologação do acordo.⁴⁵⁴ Com efeito,

451Nota própria (não consta no original). Item 37.2 dessa convenção: “Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.”

452STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016, p. 60 do inteiro teor do acórdão.

453Listam-se: “(i) permissão para que familiares se utilizem de bens que sejam produto de crime (veículos blindados adquiridos com produto da infração); (ii) afastamento de efeitos extrapenais da condenação, em especial não aplicação de perdimento a determinados bens, que seriam produto de crime; (iii) aplicação de multas; (iv) o cumprimento da pena em regimes diferenciados, como o regime fechado domiciliar, o aberto diferenciado (em geral consistente no recolhimento domiciliar noturno), o regime semiaberto diferenciado (em geral o recolhimento domiciliar noturno durante a semana e em período integral aos fins de semana); (v) recolhimento domiciliar noturno durante a semana; (vi) estabelecimento de penas fixas (por exemplo, três anos em regime semiaberto) ou em margens fixas (no mínimo três e no máximo cinco anos); (vii) condenação a, no máximo, uma pena determinada (condenação à pena máxima unificada de até 12 anos, por exemplo); (viii) suspensão de processos e investigações; (ix) progressão *per saltum*, de regime diretamente do fechado para o aberto; (x) suspensão da pena; e (xi) substituição da prisão cautelar por outras medidas alternativas.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**..., p. 77 e 78) Encontra-se uma abordagem mais detalhada desses benefícios não previstos expressamente em lei, mas certamente abarcadas pelo ordenamento jurídico pátrio, em: *ibidem*, p. 89 a 95.

454Em sentido contrário à possibilidade de cumprimento antecipado de pena privativa de liberdade do acordo homologado antes do julgamento de segundo grau, por tomar como referência a lei 9.099/95: CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**..., p. 225 e 226. Entendendo-o possível, em plena consonância com este estudo, já se asseverou que “a interpretação tradicional e inflexível do princípio do *nulla poena sine iudicio* acaba trazendo prejuízo ao colaborador, que se vê impedido de cumprir o benefício previsto no acordo de maneira imediata. Acaba-se invertendo a lógica dos direitos fundamentais, utilizando-se a referida garantia em desfavor de quem deveria proteger.” (MENDONÇA, Andrey Borges de.

eventual cumprimento antecipado de pena, mesmo que se trate de privativa de liberdade, não impediria, por exemplo, que o colaborador comparecesse a juízo para ser ouvido ou que seu defensor recolhesse os prometidos elementos documentais probatórios, do que não se afere qualquer impedimento à concretização da prometida contraconduta. Por outro lado, caso distratado ou mesmo violado o acordo⁴⁵⁵, bastaria computar as penas já cumpridas nas que adviessem do processo usual. Ainda, caso a punibilidade do imputado viesse a ser mesmo extinta nessa última hipótese, não haveria cobrar qualquer responsabilidade por parte do estado, vez que partira da autônoma vontade do próprio indivíduo o cumprimento antecipado das penas negociadas.⁴⁵⁶

Por fim, quanto à regularidade, para não se aventar que a lei teria sido prolixa, pode-se entendê-la como a harmonia de cada etapa de formação do acordo⁴⁵⁷, desde a fase “pré-contratual” até o pedido de homologação, para com o que dispõe a lei 12.850/13 (cabimento do manejo dessa técnica investigativa, legitimidade das partes para encetar o acordo, assistência técnica ao imputado, não participação judicial nas negociações, presença dos elementos de existência do negócio jurídico).⁴⁵⁸ Enquanto legalidade, como escrito acima, seria a observância à moldura de juridicidade pelo que prometido pelas partes. Obviamente, ambos os aspectos poderiam ser compreendidos pelo termo “legalidade”, mas o legislador preferiu ser exaustivo.⁴⁵⁹

Os benefícios possíveis na colaboração premiada..., p. 100) Também pela possibilidade do cumprimento antecipado consensual das penas: FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 126.

455Ver, adiante, item 4.11.

456 “Não se pode negar a autonomia individual do investigado para abrir mão de certos instrumentos legais de defesa quando assim o desejar. Se o sujeito conhece o teor das acusações que pesam sobre si e calcula a baixa probabilidade de sair absolvido, cabe a ele decidir por negociar sua pena e obter uma redução considerável. Além disso, quanto antes iniciar o cumprimento, melhor, pois haverá benefícios durante a execução. Já que a pena é inevitável, cumpra-se logo – e menos – para recuperar a liberdade o quanto antes.” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação premiada...**, p. 254)

457Parece expressar o mesmo sentido aqui proposto quando se explica consubstanciar-se o exame da regularidade em “verificar se o procedimento seguiu os trâmites procedimentais estabelecidos” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada...**, p. 261)

458Em uma explanação diferente – mas não divergente – do que aqui exposto, encontra-se na doutrina que “no exame de *regularidade* do acordo de colaboração, deverá o juiz i) aferir a presença dos elementos de existência do negócio jurídico [*elencados na lei 12.850/13, artigo 6º, excepcionado o inciso V, cujo conteúdo é circunstancial*] e ii) realizar o *controle da estrutura formal* do instrumento negocial. [...] Se faltar um dos elementos essenciais do negócio jurídico, que conformam sua própria existência, como a descrição da atividade de cooperação a ser desenvolvida pelo imputado ou da sanção premial a que fará jus o colaborador, não será possível sua homologação, por verdadeira falta de *objeto*, e o juiz poderá determinar às partes que supram a omissão. [...] No tocante ao *controle da estrutura formal* do instrumento negocial, cumpre expungir do acordo cláusulas dúbias, equívocas ou contraditórias, bem como suprir eventuais omissões que, sem afetar a própria existência do acordo, prejudiquem sua correta compreensão.” (CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada...**, p. 219, destaques originais)

459Em consonância com a distinção aqui proposta para os critérios de validade, encontra-se definição do exame da legalidade como sendo a verificação de requisitos extrínsecos do acordo, e do exame da regularidade

4.8.3 Voluntariedade

A voluntariedade é aferida no plano dos fatos e sua importância resta realçada por aparecer também na cabeça do artigo 4º (“...daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal...”).⁴⁶⁰ Segundo Cooter e Ulen, basicamente pode-se tê-la violada por meio de coação ou estado de necessidade, hipóteses denominadas “constrições horrendas”⁴⁶¹.

No Brasil, conforme a letra do código civil, essas situações são disciplinadas mais repartidamente e denominadas “defeitos do negócio jurídico”: erro/ignorância, dolo, estado de perigo, lesão, simulação e, claro, a coação. Sem dúvida, algumas ressalvas têm de ser feitas ao se analisar o acordo de colaboração, o qual é um negócio jurídico perfectibilizado na seara penal.⁴⁶² Primeiramente, não há exigir do estado-investigador esclarecimento sobre as

como a verificação dos requisitos intrínsecos. Transcreve-se. “Por regularidade, entendemos o atendimento aos requisitos intrínsecos do diploma legal, tais como a participação do defensor, a forma escrita, a disposição das cláusulas etc. Quanto à legalidade, deve o magistrado atentar aos requisitos extrínsecos do acordo, no que tange ao respeito aos dispositivos legais vigentes. Assim, o acordo não deve contrariar o sistema jurídico mediante cláusulas ilegais ou mesmo medidas que contrariem o ordenamento jurídico. Por sua vez, a voluntariedade deve ser aferida pelo propósito livre do colaborador em aderir ao instituto. Nesse caso a lei prevê que o juiz pode ouvir sigilosamente o colaborador na presença de seu defensor.” (ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Mallet, 2016, p. 96)

⁴⁶⁰Ver, acima, no item 4.1.4, a distinção entre voluntariedade e espontaneidade.

⁴⁶¹“Duas principais doutrinas contratuais permitem a quebra de promessas com fundamento de que o promitente enfrentou constrições horrendas. Se o beneficiário da promessa obteve-a por meio de ameaças, a quebra da promessa é permitida com base na coação. Por exemplo, em um famoso filme, o ‘padrinho’ [*godfather*] de uma organização criminosa faz ofertas de contratos que ‘não podem ser recusadas’ porque a vítima assina o contrato com uma arma apontada para sua cabeça. Nenhum juízo executaria um tal contrato. Semelhantemente, se uma promessa é obtida de um promitente desesperado, o juízo pode permitir o inadimplemento com base no estado de necessidade. Por exemplo, suponha que uma cirurgiã fique sem combustível em uma estrada deserta e abandonada onde ela poderia morrer. Um transeunte oferece vender-lhe cinco litros de gasolina por 50 mil dólares. Mesmo que a cirurgiã aceite a oferta, o poder judiciário não executará sua promessa de pagar. Não executará porque foi feita em estado de necessidade.” Traduziu-se do original: “*Two major contract doctrines excuse promise breaking on the ground that the promisor faced dire constraints. If the beneficiary of the promise extracted it by threats, then promise breaking is excused by reason of duress. For example, in a famous movie the ‘godfather’ of a criminal syndicate makes contract offers that ‘cannot be refused’ because the victim signs the contract with a gun held to his head. No court would enforce such a contract. Similarly, if a promise is extracted from a desperate promisor, the court may excuse nonperformance on the ground of necessity. For example, suppose a surgeon runs out of gas on a lonely desert road where she might perish. A passerby offers to sell her five liters of gas for \$50,000. Even if the surgeon accepts the offer, the court will not enforce her promise to pay. The court will not enforce the promise because it was given out of necessity.*” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics...**, p. 295)

⁴⁶²“Em sua natureza, a colaboração premiada é um negócio jurídico. Ou seja, as partes autorregulam a vontade e, assim, logram a obtenção de determinados efeitos jurídicos, permitidos e autorizados pelo

persecuções em andamento, pois o sigilo é pressuposto de sua eficiência. Assim, a escolha do suspeito é o processo judicial usual ou a colaboração. Eventual ex-colaborador “arrependido” de ter celebrado o acordo, não terá sucesso se alegar ignorância para voltar à posição inicial.⁴⁶³ Por isso mesmo, também não há falar em dolo (por omissão informacional, silêncio intencional etc.) por parte dos investigadores. Quem tem o dever de *disclosure* na colaboração é o colaborador. Essa ideia é reforçada pelo fato de que, em toda a negociação do acordo, o potencial colaborador estará amparado por defensor técnico.⁴⁶⁴ Portanto, só no caso de um – quase inimaginável – patrocínio infiel, ou seja, “quando o delator não tenha sido devidamente informado de todos os efeitos e consequências advindas da opção colaborativa, ou tenha sido induzido em erro por qualquer forma de esclarecimento errôneo ou mal-intencionado”⁴⁶⁵, poder-se-ia cogitar nulificar o acordo de colaboração. Não obstante, visando à efetividade da técnica investigativa, é adequado que “os órgãos de repressão explicitem ao agente que sua narrativa deve ter coerência e verossimilhança, no cotejo com outros elementos indiciários existentes; do contrário, as declarações do postulante ao benefício não terão nenhuma eficácia premial”⁴⁶⁶.

Quanto ao estado de perigo, poder-se-ia tentar utilizar um “fórceps hermenêutico” para assemelhá-lo ao risco do processo judicial ou à situação de preso cautelar.⁴⁶⁷ Sem cabimento. Se alguém está sendo investigado, é porque as circunstâncias premem para que o estado, cumprindo seu dever, verifique eventual responsabilidade penal desse indivíduo. Se nada houver contra ele, a investigação naturalmente chegará a essa conclusão. Se alguém estiver cautelarmente preso, será com base em um ou mais dos requisitos do código de processo penal, artigo 312 (em suma, configurar-se qualquer das hipóteses autorizadas de prisão preventiva, ou mesmo da temporária, dependerá sempre da conduta prévia ou presente

ordenamento jurídico.” MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 53. Encontra-se definição doutrinária da colaboração como negócio jurídico também em: CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada...**, p. 202. VERÍSSIMO, Carla. **Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada...**, p. 111.

463Ver, adiante, tópico 4.11.

464Ver, acima, item 3.3.1.

465PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada...**, p. 130.

466Ibidem, p. 131.

467Com efeito, contrariamente à jurisprudência já assente nos tribunais pátrios, inclusive no Supremo Tribunal Federal, há quem afirme que “a condição de preso do acusado que passa a cooperar com o Ministério Público se enquadra no conceito de estado de perigo a justificar a declaração de sua nulidade” (ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. **Delação premiada de acusado preso**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 88). Acima, no item 2.2.3, já se expôs rapidamente por que tal entendimento configuraria violação à ampla defesa do imputado preso e mesmo uma forma de incentivo a colaborações falsas somada ao menoscabo da cautelaridade da prisão processual.

do segregado, a qual ameaça a ordem pública, a aplicabilidade da lei ou a persecução penal).⁴⁶⁸ Se for condenado, será devido a sua própria conduta responsabilizável, atestada via decisão de cognição profunda. Ainda, em vez de se buscar um acordo, sempre haverá a oportunidade de escolher a investigação e o processo judicial usuais, com todas as garantias aderentes. A escolha pela colaboração – globalmente considerada – é sempre um bônus, nunca uma perda, para o potencial colaborador.

Nessa esteira, conforme já adiantado⁴⁶⁹, voluntariedade significa que o pretenso colaborador não foi ilicitamente coagido, forçado, ameaçado, para proceder à atividade colaborativa com a justiça. Assim, embora os efeitos de eventuais medidas cautelares eventualmente possam (na acepção fática, não deontológica) vir a colateralmente exercer alguma influência na disposição colaborativa do imputado – mesmo que não tenham tal finalidade⁴⁷⁰ –, em verdade, não chegam a configurar violação à liberdade de escolha do imputado.

Considera-se assente, portanto, que os investigadores não podem ameaçar nem constranger, moral ou fisicamente, pessoa alguma para que esta empreenda uma atividade colaborativa. A partir disso, a insinuação de que o fato de o investigado estar preso cautelarmente consubstanciaria uma coação por parte do estado para que colaborasse, não passa de retórica vazia. Não obstante, sabe-se que, no congresso nacional, local

468No mesmo sentido: CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada...**, p. 225.

Aduz-se que, conforme essa mesma linha de raciocínio, embora a finalidade da colaboração não seja afastar medidas cautelares, não se pode proibir uma reavaliação dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva em caso de formalização de acordo. Nessa esteira, é possível deparar-se com uma situação em que “a colaboração faz cessar exigências cautelares, ao menos justificadoras da custódia, pois indica uma diminuição do risco à prova ou de que o acusado voltará a cometer novos delitos ou a fugir.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 94) Ou com situação em que “os benefícios ao final fixados no acordo se tornem incompatíveis com a medida cautelar de prisão.” (FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência...**, p. 336)

469Ver, acima, item 4.1.4.

470“1. A prisão processual desafia a presença de algum dos requisitos previstos no art. 312 do CPP. 2. Inexistir 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.” (STF, HC 138.207, 2ª Turma, relator: Edson Fachin, unanimidade, j. 25/04/2017, publ. 28/6/2017) Nessa mesma linha de raciocínio, isto é, aferindo-se desvinculação entre colaboração premiada e prisão cautelar, já se asseverou doutrinariamente que “não há entre os requisitos para delatar a desistência de obter a revogação da prisão preventiva. Se o acusado entender que não há motivos para permanecer cautelarmente preso, não há incompatibilidade entre tentar a revogação da medida e fechar o acordo de delação.” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação premiada...**, p. 253)

estatisticamente bem povoado por investigados na legislatura 2015-2018⁴⁷¹, nunca esfriou, no citado ínterim, a ideia de se positivar, como requisito às negociações para um acordo de colaboração, estar o potencial colaborador solto.⁴⁷² Ora, enquanto no âmbito cível “não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito” (código civil, artigo 153), imagine-se quão absurdo seria considerar coação o cumprimento do dever estatal de tutelar a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Além disso, essa ideia de vincular as negociações a uma prévia soltura olvida que quem decide pela prisão e sua revogação não participa das negociações.⁴⁷³ O juiz é terceiro imparcial tanto em face de pedidos de prisão cautelar (salienta-se ainda que ele pode decretar uma prisão preventiva de ofício durante o processo) como em face dos acordos de colaboração.

Com efeito, seria bizarro a autoridade policial representar por ou o ministério público requerer ao juiz a soltura do acautelado – tudo ao arpejo da tutela da ordem pública, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal – para, talvez, ser iniciada uma negociação. Não faltariam falsos sinais de vontade colaborativa que meramente operariam como manipuladores da medida acautelatória. Por outro lado, do ponto de vista do preso (cautelar ou que já cumpre pena), essa ideia lhe retiraria uma oportunidade de defesa, ou seja, além de já arcar com a restrição de liberdade, não teria a opção de colaborar. Bem assente esse

471 “[...] cerca de metade dos deputados e senadores da atual legislatura (2015-2018) responde a algum procedimento investigatório no Supremo Tribunal Federal (STF). Ao todo, são 238 parlamentares às voltas com a Justiça no âmbito do STF [...]” (MACEDO, Isabela. Quem são e o que dizem os 238 deputados e senadores investigados no STF. **Congresso em Foco**, 25 jul. 2017. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br>> Acesso em: 26 jun. 2018)

472 Ver, por exemplo, o PL 4372/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=2077165>> Acesso em: 20 set. 2017. “Na prática, se aprovado, o projeto criará duas categorias de réus, uma delas com mais direitos do que outra. Com efeito, nos termos do projeto, o réu preso não terá os mesmos direitos do réu solto, que poderá realizar acordo de colaboração.” (GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Déjà vu...**, p. 22)

473 Ver, acima, item 4.7.1.

entendimento, resta até óbvia a correta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a segregação cautelar do imputado não configura empecilho para que colabore com a justiça⁴⁷⁴, vez que tal medida não se consubstancia em violação a sua voluntariedade.⁴⁷⁵

Por sua vez, o cenário da lesão pode ser rapidamente excluído, já que a lei ordena a presença de defesa técnica em todas as fases da colaboração.⁴⁷⁶ Dessa forma, é descabido pensar-se que alguém, “por inexperiência”, se comprometerá a “prestação manifestamente desproporcional” (termos do código civil, artigo 157). Já quanto à simulação, pode-se

474Tão importante quanto compreender que eventual vigência de medida cautelar não impede encetar a colaboração e que a rescisão de acordo, por si só, não é fundamento suficiente para a decretação de prisão preventiva, é ter-se assente que eventual rescisão (seja unilateral ou bilateral) do acordo também não tem o condão de impedir o cotejo das peculiaridades fáticas que rodeiam a rescisão com o código de processo penal, artigo 312, para, sendo cabível, decretar-se a segregação cautelar. Nesse sentido, a seguinte decisão. “[...] hipótese, em que foram apontados elementos concretos que, ao menos à primeira vista, evidenciam a gravidade concreta do delito em tese cometido, a ensejar, por conseguinte, a necessidade de manutenção da custódia preventiva para a garantia da ordem pública. A magnitude da infração, relevante o bastante para impactar o mercado financeiro, e a notícia de nova investida criminosa, depois da prática de inúmeros crimes assumidos nas tratativas de colaboração premiada, sugerem audácia e certeza de impunidade, expressões que, ante as peculiaridades do caso, não traduzem mera retórica.” (STJ, HC 416.795/SP, 6ª Turma, relator: Sebastião Reis Júnior, relator para o acórdão: Rogerio Schiatti Cruz, por maioria, j. 21/9/2017, publ. 13/10/2017) Com mais razão ainda, deve-se decretar a prisão preventiva em face de quem usa arditosamente a possibilidade de colaborar com a justiça para, em verdade, iludir os agentes estatais e escapar de medida cautelar em vigor ou obter liberdade a fim prejudicar a investigação, conforme se depreende das seguintes decisões. “III - A quebra das obrigações assumidas pelo acusado-colaborador, em si mesma, não faz despontar os requisitos da prisão preventiva, quando estes, em nenhum momento precedente, fizeram-se presentes, nos casos em que o acordo celebrou-se com réu que ostentava a condição de liberdade. IV - Hipótese diversa, em que a celebração do acordo de colaboração premiada houve de ensejar a concessão da liberdade provisória a acusado que se encontrava preso, fundada numa inequívoca expectativa de que dar-se-ia escorrido o cumprimento do acordado. [...] VIII - Nos casos em que a intensidade do descumprimento do acordo de colaboração mostrar-se relevante, a frustração da expectativa gerada com o comportamento tívico do colaborador permite o revigoramento da segregação cautelar, mormente quando seu precedente afastamento deu-se pelo só fato da promessa homologada de colaboração.” (STJ, RHC 76.026/RS, 5ª Turma, relator: Felix Fischer, unanimidade, j. 6/10/2016, publ. 11/10/2016) “No caso, a prisão preventiva do recorrente foi decretada em razão da comprovação do seu intento em causar embaraços à investigação, na medida em que, se valendo de benefícios assegurados em um acordo de colaboração premiada, entre eles a revogação de sua prisão preventiva, teria tramado para ocultar a efetiva participação de outros integrantes do esquema criminoso.” (STJ, RHC 94.762/CE, 5ª Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca, unanimidade, j. 22/5/2018, publ. 30/5/2018)

475Demonstra-se com breve transcrição. “A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha **com** liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente **em** liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia.” (STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016, p. 32 do inteiro teor do acórdão, destaques originais) Corroborando o posicionamento exposto, a doutrina chama atenção para o erro que haveria em se prejudicar o indivíduo sob o pretexto de concretizar uma garantia sua. “Justamente por ser uma estratégia de defesa, estruturada sobre o princípio da ampla defesa, que nos parece inconstitucional qualquer restrição ao uso da colaboração premiada em caso de réus presos. Haveria uma restrição indevida ao réu preso dessa alternativa, sem uma justificativa plausível, a não ser supostamente protegê-lo quando ele não que ser protegido!” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os**

facilmente perceber que fingir colocar-se na posição de colaborador objetivando prejudicar terceiros seria potencialmente uma “estratégia suicida”, pois a lei 12.850/13 imuniza-se bem frente a tal risco, ao dispor que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (artigo 4º, § 16)⁴⁷⁷ além de criminalizar declarações mendazes (artigo 19⁴⁷⁸). Por fim, quanto a eventual simulação por parte dos investigadores, tal se mostra surreal, pois, sabendo-se inocente (e, portanto, nada tendo a ganhar com a colaboração), nenhum indivíduo teria interesse em participar do acordo, muito menos de um com real finalidade antijurídica. Ainda, teria de ser concebida uma cooptação do poder judiciário nessa empreitada para que restasse factível, o que torna a hipótese bastante improvável.

4.8.4 Oitiva sigilosa do colaborador

A oitiva do colaborador pelo juiz não é imprescindível, e sim, mera faculdade do juízo, caso conclua ser necessário certificar-se, por esse meio, de que a colaboração ofertada é voluntária. Em verdade, pode-se presumir a voluntariedade de um acordo escrito oriundo de longa tratativa com a autoridade policial e/ou membro do ministério público e amparado pela constante presença de defensor.⁴⁷⁹ Afinal, o que impediria o acesso deste ao judiciário para comunicar eventual coação? Não obstante, diligenciou o legislador para instrumentalizar o juiz a fim de que possa se certificar de que o aceno positivo à colaboração não tenha como único motivo, por exemplo, a cessação de uma prisão cautelar.⁴⁸⁰

Nesse ponto, há quem afirme que a realização da oitiva sigilosa do colaborador para averiguar sua voluntariedade possa “contaminar” o juízo, maculando o sistema acusatório.⁴⁸¹ Neste estudo não se afere uma possibilidade tão extrema. Veja-se que o juiz, de qualquer sorte

benefícios possíveis na colaboração premiada..., p. 60, nota de rodapé n. 16) No mesmo sentido: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada...**, p. 132. Aduz-se ainda que “sendo tal delação [*espécie do gênero colaboração*] facultativa, é mais um instrumento de que se pode valer a defesa de um indiciado ou acusado. Aliás, jamais se poderia impedir que eles pudessem confessar crimes e que pudessem delatar outros que também participaram desta prática criminosa.” (JARDIM, Afrânio Silva. **Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada...**, p. 33)

476Ver, acima, item 3.3.1.

477Ver, adiante, tópico 4.13.

478“Art. 19. 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.”

479Ver, logo acima, item 4.8.3.

480Nesse sentido: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado...**, p. 70.

481FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada...**, p. 137.

(com ou sem a oitiva sigilosa do colaborador), tomará contato com o termo de colaboração para verificar a legalidade e a regularidade, não avaliando sua idoneidade probatória nesse momento, atividade que só ocorrerá quando da decisão de mérito.⁴⁸²

Assim, seria mais coerente uma defesa genérica da mudança da lei para a instituição de um juízo de garantias ou de instrução distinto do juízo sentenciante – o que certamente não é exigido pela atual constituição –, em vez de se levantar óbice pontualmente para esse dispositivo, o qual, ratifica-se, visa a expungir acordos de colaboração inválidos por vício de vontade da parte.

4.9 ADEQUAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO⁴⁸³

O ato judicial da homologação⁴⁸⁴, em que pese a ser decisão interlocutória e delibatória, tem grande relevância para o funcionamento da colaboração premiada. Isso porque o juiz, membro do poder judiciário, ao chancelar o acordo, cria expectativas legítimas (leia-se: autorizadas, válidas perante o ordenamento jurídico) para o pretense colaborador.⁴⁸⁵ É dizer, haverá confiança por parte do agente colaborador de que, ao desempenhar efetivamente a conduta estampada no acordo, receberá os prêmios delineados na mesma avença, porque as cláusulas pactuadas não ferem o ordenamento jurídico, tal qual membro do poder judiciário veio a atestar.⁴⁸⁶

Assim, por extremamente oportuno, remete-se ao item **4.1.1**, acima, no qual fundamenta-se estar o juízo vinculado às cláusulas do acordo homologado, tendo margem de

482Nesse mesmo sentido: PASTRE, Diogo Willian Likes. O instituto da delação premiada no direito processual penal..., 65.

483Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 8º, que dispõe: “O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.”

484Especificamente sobre a competência para esse ato judicial, considerando-se a fase processual em que situado, reproduz-se a bem traçada posição de Fischer e Pacelli. “Entendemos que, uma vez exaurida a jurisdição, não cabe mais ao juízo *a quo* reanalisar o mérito do feito criminal. Desse modo, a existência superveniente de tratativas de colaboração deverão ser feitas no âmbito da competência recursal em que se encontrar o feito. Caso o processo esteja sem designação de autoridade competente no interregno entre a prolação da decisão de mérito do processo e a distribuição no órgão recursal competente, deverão ser tomadas providências para uma distribuição do pedido no tribunal correspondente, gerando a prevenção para o julgamento do processo criminal. Se já houver prevenção na instância recursal, ela deverá ser obedecida para fins de distribuição desse pedido.” (FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**..., p. 332)

485Ver, acima, item **3.3.2** e tópico 4.2.

486No mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**..., p. 192, donde extrai-se que a homologação “transforma o acordo em *ato jurídico perfeito*” (destaques originais).

modulação da concessão dos prêmios estritamente com base na efetividade da contraconduta (ou, excepcionalmente, quando houver falha do estado-investigador, com base meramente na sua eficiência⁴⁸⁷), não podendo, posteriormente, inovar no negócio jurídico traindo a confiança mútua das partes, nem a destas no próprio poder judiciário.⁴⁸⁸

Com efeito, uma vez que a justiça é chamada a intervir quando ferida a confiança contratual entre partes negociais, quem seria chamado para solucionar a quebra da confiança quando o próprio poder judiciário fosse fonte da violação? Ora, nenhum agente estatal supervisiona o guardião último do estado de direito, e a única consequência esperável de tal situação seria o esfacelamento da colaboração premiada enquanto técnica de investigação, vez que, não se podendo confiar naquilo que pactuado, nenhum agente criminoso escolheria colaborar⁴⁸⁹, o que seria um presente maravilhoso para o crime organizado.

4.9.1 Juízo de homologação e a adequação do acordo

Os requisitos referidos no dispositivo em foco são a legalidade, a regularidade e a voluntariedade.⁴⁹⁰ O atendimento a esses três critérios – todos formais – condiciona a validade do negócio jurídico processual. Como já demonstrado, a efetividade da colaboração não é aferida nesta etapa da persecução, mas apenas na prolação da decisão de mérito, com aprofundado exame probatório.

Nessa esteira, é vedado ao juiz impugnar o acordo com base em conveniência ou oportunidade da persecução penal⁴⁹¹, tanto porque investigar e acusar são atividades alheias à função jurisdicional, como porque o dever de imparcialidade veda substituir a vontade das partes.⁴⁹² Dessa forma, estando a contraconduta e respectivos prêmios previstos dentro da

487Ver, acima, no item 4.1.3, uma distinção entre eficiência, eficácia e efetividade.

488Expressado de outro modo, a colaboração premiada “deve ser respaldada pela proteção da confiança e pela segurança jurídica inerentes a todo negócio jurídico produzido pelo Estado.” (WUNDERLICH, Alexandre. **Colaboração premiada...**, p. 22) No mesmo sentido: FARIAS, Valdoir Bernardi de. **Delação premiada...**, p. 149. SALOMI, Maíra Beauchamp. **Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação.** In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 152 e 153.

489Ver, acima, tópico 3.2.

490Ver, acima, tópico 4.8.

491No mesmo sentido: CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada...**, p. 220. FARIAS, Valdoir Bernardi de. **Delação premiada...**, p. 145 e 154.

492No mesmo sentido (mencionando a devida imparcialidade do juízo): CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada...**, p. 268. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 170. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 552. SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas...**, p. 66. MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado...**, p. 14 e 18.

moldura da juridicidade (constitucionalidade + legalidade), descabe o juiz, por exemplo, pronunciar-se sobre a adequação da dosagem de determinada benesse em face de uma ou outra contribuição prevista para a persecução penal. Nem mesmo haveria espaço para juízos de “isonomia” com base em outros eventuais acordos de colaboração já homologados, vez que, dadas as peculiaridades irrepetíveis de cada caso concreto das investigações, fica a cargo do estado-investigador, não do estado-juiz, aferir a importância investigativa das informações de cada potencial colaborador^{493 494}.

De outra banda, dentro âmbito do exame de legalidade ou de regularidade do acordo, pode-se compreender o cabimento de verificação da observância das partes, ao entabular a avença, dos critérios previstos no artigo 4º, § 1º.⁴⁹⁵ Com efeito, critérios intangíveis pela conduta colaborativa do agente – sua personalidade, a natureza, a gravidade, as circunstâncias e a repercussão social das infrações penais que cometeu – só podem ser levados em conta quando da estipulação da extensão dos benefícios, é dizer, quando o potencial colaborador ainda tem a escolha de decidir não colaborar e enfrentar comumente a persecução penal.⁴⁹⁶ De modo nenhum seria possível, posteriormente, após restar efetivo o esforço do colaborador, usarem-se critérios sobre os quais ele não mais tinha qualquer influência quando da negociação (diferentemente da eficiência e da eficácia⁴⁹⁷) para lhe sonegar os prêmios expectados.

Assente isso, se o juiz aferir algum problema quanto à voluntariedade do acordo ou mesmo quanto à regularidade na modalidade ilegitimidade das partes (imagine-se, por

493Segundo Deltan Dallagnol, procurador da república atuante no caso Lava Jato, “a realização dos acordos depende de uma série de fatores, como o potencial de expandir as investigações, a força das provas apresentadas, a verossimilhança das informações quando comparadas ao que já é sabido, o quanto é possível ou provável que se alcançasse o mesmo resultado sem o acordo nos desdobramentos naturais da apuração, a atualidade do esquema criminoso, o potencial danoso dos crimes revelados, o número e a importância dos agentes implicados na estrutura das organizações criminosas etc.” (BRANDT, Ricardo. ‘Classe política à espreita de uma oportunidade para se livrar da prisão’. **Estadão**, 17 jul. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br>> Acesso em: 30 out. 2018)

494Nessa linha, afigura-se convergente o seguinte trecho doutrinário. “Não bastará, até porque inoportuno nessa etapa, a discordância do julgado quanto à conveniência ou a perfeição da extensão das informações. Ou seja, não é papel do magistrado, olhando os termos da colaboração, considerar que o promotor atuou insuficientemente, porque poderia ter obtido mais informações, por exemplo.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. **Colaboração premiada**..., p. 131)

495Conforme expôs-se anteriormente, no tópico 4.2, ao qual se remete.

496Há doutrinadores que discordam desse entendimento (FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 138), muito embora defendam que critérios outros que não a efetividade (no sentido delineado neste estudo) do acordo de colaboração também não sejam empregados quando da decisão de mérito que adjudicará os prêmios pactuados (ibidem, p. 117 e 123).

497Ver, acima, item 4.1.3.

exemplo, acordo entabulado entre investigado e polícia civil em um caso de explícita atribuição da polícia federal), não haverá outra decisão cabível que não a simples negativa de homologação, não havendo como “sanar” o vício.

Diferentemente ocorreria se unicamente determinadas cláusulas ou trechos do acordo desbordassem dos lindes jurídicos, caso em que poderia haver simples adequação desses segmentos. Nesse ponto, descabe dar interpretação literal ao dispositivo, pois, em verdade, não poderia o juiz reescrever as cláusulas negociais⁴⁹⁸, com o que tanto atentaria contra o sistema acusatório como violaria seu dever de imparcialidade. Nesse caso, então, deverá o juiz (1) remeter o acordo às partes, fundamentando por que da negativa de homologação, para que elas possam, ainda em âmbito de negociação, retirar ou substituir os trechos inválidos, ou mesmo desistir do acordo, ou (2) limitar-se a um juízo estritamente negativo quanto a trechos específicos, homologando todo o resto. Com efeito, se o juiz pudesse manejar por si mesmo os termos do acordo, estaria extrapolando sua função de garantidor do ordenamento e passaria a desempenhar antijuridicamente a atividade de investigação. Isso violaria a autonomia das partes e embaçaria o sistema acusatório, o que evidencia novamente o entrelaçamento dos dois conceitos.

Por fim, destaca-se que já se pode colher exemplos jurisprudenciais de glosas de determinadas cláusulas negociais realizadas sobre acordos formalizados no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Veja-se que se trata de decisões unipessoais, já que a homologação de acordos de colaboração cabe ao relator⁴⁹⁹, por força do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, artigo 21, incisos I e II⁵⁰⁰, e da lei 8.038/90, artigo 2º, § 1º⁵⁰¹.⁵⁰² Assim, já foram julgadas inválidas cláusulas que apresentavam os seguintes conteúdos: (1) opção do

498No mesmo sentido: BRITO JR, Antônio Wellington. **Comentários à lei 12.850/2013**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 171. CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada...**, p. 207. MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado...**, p. 135. SALOMI, Máira Beauchamp. **Colaboração premiada...**, p. 160. VERÍSSIMO, Carla. **Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada...**, p. 115, nota de rodapé n. 14. WUNDERLICH, Alexandre. **Colaboração premiada...**, p. 25. Ver também, acima, tópico 4.7.

499Colhe-se da doutrina, com o que se concorda inteiramente, o seguinte. “Ora, se o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de prova, assim considerada pela própria legislação de regência, não há dúvidas de que sua homologação insere-se no rol de poderes instrutórios conferidos ao relator.” (SALOMI, Máira Beauchamp. **Colaboração premiada...**, p. 181)

500“Art. 21. São atribuições do Relator: I – ordenar e dirigir o processo; II – executar e fazer cumprir os seus despachos, suas decisões monocráticas, suas ordens e seus acórdãos transitados em julgado, bem como determinar às autoridades judiciárias e administrativas providências relativas ao andamento e à instrução dos processos de sua competência, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais não decisórios a outros Tribunais e a juízos de primeiro grau de jurisdição;”

501“Art. 2º - O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal. Parágrafo único - O relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juizes singulares.”

colaborador por não exercer seu direito de recurso em qualquer hipótese⁵⁰³; (2) omissões na especificação dos regimes prisionais para todo o tempo de pena previsto, bem como na previsão de recrudescimento do regime em caso de descumprimento da execução⁵⁰⁴; (3) ambiguidade quanto ao caráter cumulativo ou substitutivo das penas restritivas de direitos em face das privativas de liberdade e incerteza quanto à incidência da limitação temporal das penas privativas de liberdade sobre as restritivas de direitos substitutivas⁵⁰⁵; (4) renúncia “do colaborador” a sigilos bancários e de operações financeiras relativos a familiares seus

502Esse entendimento restou reafirmado no julgamento da Pet 7.074 QO, conforme segue. “3. Questão de ordem que se desdobra em três pontos para: (i) resguardar a competência do Tribunal Pleno para o julgamento de mérito sobre os termos e a eficácia da colaboração, (ii) reafirmar, dentre os poderes instrutórios do Relator (art. 21 do RISTF), a atribuição para homologar acordo de colaboração premiada; (iii) salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade.” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, por maioria, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018) E também já está encampado em precedente do Superior Tribunal de Justiça: “[...] compete ao Relator homologar acordo de colaboração premiada, exercendo o controle da regularidade, legalidade e espontaneidade. Ao Colegiado cabe, posteriormente, analisar se os termos do acordo foram cumpridos e a eficácia da colaboração.” (STJ, APn 843/DF, Corte Especial, relator: Herman Benjamin, unanimidade, j. 6/12/2017, publ. 1/2/2018)

503 “[...] Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 10, k, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. É dizer: não há, na ressalva, nada que possa franquear ao colaborador descumprimento do acordado sem sujeitar-se à perda dos benefícios nele previstos. O contrário, porém, não será verdadeiro: as cláusulas do acordo não podem servir como renúncia, prévia e definitiva, ao pleno exercício de direitos fundamentais. 4. Ante o exposto, HOMOLOGO o ‘Termo de Colaboração Premiada’, de fls. 3-19, com a ressalva acima indicada, a fim de que produza seus jurídicos e legais efeitos perante qualquer juízo ou tribunal nacional, nos termos da Lei 12.850/2013.” (STF, Pet 5.245, decisão unipessoal, relator: Teori Zavascki, j. 17/12/2015, publ. 1/2/2016) Assim dispunha a cláusula destacada, presente na página 11 do acordo de colaboração em voga: “k) a não impugnar sob qualquer hipótese, salvo o descumprimento do acordo pelo MPF ou pelo Juízo, nenhum das sentenças condenatórias mencionadas na cláusula 5ª, I, deste acordo;” Veja-se que, redigida dessa forma, a cláusula retiraria do colaborador a oportunidade de recorrer mesmo em casos, por exemplo, de irresignação para com a dosimetria das penas ou de eventual nulidade processual durante a instrução, duas searas que não são abrangidas – talvez apenas tangenciadas – pelo acordo. Assim, mostra-se acertada a decisão do ministro Teori Zavascki.

504 “Não obstante previsto os vinte anos como tempo máximo de cumprimento de pena, o acordo somente disciplina o regime prisional durante os primeiros dois anos e dois meses, quedando-se omissos em relação ao restante da pena, o que deverá ser esclarecido. É mister ainda que, no caso de descumprimento das condições dos regimes diferenciados de execução de penas propostos [...], sejam disciplinadas as hipóteses em que, ao invés da rescisão do acordo nos termos da Cláusula 27, o colaborador ficará sujeito a eventual regressão do regime.” (trecho de decisão unipessoal do ministro Dias Toffoli reproduzida na Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 113 do inteiro teor)

505 “Ao tratar da pena restritiva de direitos, a citada Cláusula 5ª prevê, no § 2º, o seguinte: a) o cumprimento de 4 a 8 anos de prestação de serviços à comunidade, à razão de sete horas semanais, em entidade a ser designada em juízo competente do local do seu domicílio; b) o serviço assinalado ao colaborador deverá ser de natureza compatível com a sua formação acadêmica e profissional; c) a distribuição das horas far-se-á por ajuste entre o colaborador e a entidade, sem vinculação a dia ou semana determinados; d) o cumprimento da

(terceiros, portanto)⁵⁰⁶; (5) hipóteses de suspensão de prazo prescricional e de levantamento do sigilo do acordo diferentes das previstas em lei⁵⁰⁷.

4.9.2 Recurso cabível em face da decisão sobre a homologação

É assente que terceiros não têm legitimidade para impugnar o acordo.⁵⁰⁸ Já quanto às partes que o celebraram, discute-se, em havendo irresignação quanto à recusa – total ou parcial – da homologação, qual seria o recurso cabível.

Exemplificativamente, há quem defenda protocolar-se correição parcial, pois se trataria de erro de procedimento do julgador⁵⁰⁹; ou quem considere interponível, por analogia ao código de processo penal, artigo 581, inciso I⁵¹⁰, recurso em sentido estrito, já que haveria “rejeição de iniciativa postulatória do órgão da acusação”⁵¹¹; e ainda quem entenda caber

pena restritiva de direitos poderá ser iniciada assim que o colaborador estiver em regime semiaberto diferenciado, previsto na cláusula b-2 acima, desde que em horários compatíveis com o referido regime, ou seja, durante a semana, entre as 6 horas e 20 horas. [...] Todavia, cumpre esclarecer se as penas restritivas de direito serão impostas de forma substitutiva ou cumulativamente com eventual pena privativa de liberdade, bem como se o limite de condenação de 20 anos de reclusão também compreende as penas privativas de liberdade, substituídas por restritivas de direito.” (trecho de decisão unipessoal do ministro Dias Toffoli reproduzida na STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 113 e 114 do inteiro teor)

506“O colaborador tem legitimidade para renunciar ao seu sigilo bancário, ou de operações com cartões de crédito relativamente às contas ou aos cartões de que seja titular ou representante legal. Dito de outro modo, não pode o colaborador, validamente, abrir mão do sigilo de contas bancárias ou de cartões de titularidade de terceiros. [...] É mister, portanto, seja retificada a cláusula em questão e aquelas outras também. Com essas considerações, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República.” (trecho de decisão unipessoal do ministro Dias Toffoli reproduzida na Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 114 e 155 do inteiro teor)

507“*A eminente Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, no exercício das atribuições regimentais inerentes à Presidência do Supremo Tribunal Federal e em decorrência do falecimento do tão lembrado Ministro Teori Zavascki, homologou, àquele tempo, a maior e mais complexa colaboração premiada, por envolver 79 (setenta e nove) acordos firmados pelo Ministério Público Federal com executivos e ex-executivos do Grupo Odebrecht. Nessa oportunidade, assim decidi: [...] No tocante à cláusula 6ª do acordo, a única hipótese suspensiva do prazo prescricional será aquela prevista no art. 4º, § 3º, da Lei 12.850/2013. No mais, o levantamento do sigilo, tal como indicado pela cláusula 16, dependerá, em todos os casos, de provimento judicial motivado, à luz do regime legal imposto (Rcl. 22009-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 12.5.2016; e Pet 6164-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 21.09.2016).*” (Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 14 e 15 do inteiro teor)

508Ver, acima, item 4.7.3.

509NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**..., p. 75.

510“Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I - que não receber a denúncia ou a queixa;”

511PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 868. Divergindo da posição do autor citado, tem-se que, em caso de decisão denegatória de homologação de acordo de colaboração, o recurso em sentido estrito afigura-se cabível unicamente se a decisão objurgada fundamentar-se em incompetência do juízo, nos termos do código de processo penal, artigo 581, inciso II: “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...] II - que concluir pela incompetência do juízo;” Nesse mesmo sentido: VERÍSSIMO, Carla. **Principais questões sobre a**

apelação⁵¹², por se tratar de uma decisão “com força de definitiva”, nos termos do código de processo penal, artigo 593, inciso II⁵¹³. Essa última posição parece ser a mais adequada, tanto por prescindir de analogia para identificar a medida cabível, como por, ao fazê-lo, apontar um recurso judicial – fulcrado diretamente em lei –, sem que o efeito pretendido seja mero reflexo da correção sobre o proceder do juiz.

Os tribunais superiores ainda terão de uniformizar essa questão do recurso cabível quando se tratar de decisão proferida por juízo singular. De outra banda, já há precedente do Superior Tribunal de Justiça estabelecendo caber agravo interno da decisão denegatória de homologação prolatada por relator (membro de órgão colegiado), recorrendo-se ao código de processo civil para colmatar a lacuna legal.⁵¹⁴

4.10 DEVER DE COLABORAÇÃO CONTÍNUA⁵¹⁵

A forma como redigido o dispositivo do artigo 4º, § 9º, não restou adequada. Com efeito, mantida a coerência da colaboração premiada enquanto técnica de investigação, percebe-se facilmente que, com a homologação do acordo, o colaborador não recebe a faculdade (“poderá”) de ser ouvido pelo delegado de polícia ou pelo ministério público, e sim, o dever de colaborar diligentemente. Portanto, deverá depor aos investigadores sempre que chamado.

competência para a homologação do acordo de colaboração premiada..., p. 117.

512 FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada...**, p. 138. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada...**, p. 133. VERÍSSIMO, Carla. **Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada...**, p. 116.

513 “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;”

514 “A decisão que rejeita o acordo de colaboração premiada possui conteúdo decisório, pois capaz de produzir modificação na esfera jurídica material e processual daqueles que o celebraram, bem como gerar-lhes prejuízos, razão pela qual a simples ausência de previsão normativa na Lei n. 12.850/2013 quanto a eventual recurso cabível, não tem o condão de tornar o *decisum* irrecorrível. Tratando-se de decisão monocrática proferida por Desembargador Relator, cabível o recurso de agravo interno por aplicação analógica das disposições do artigo 1021 do Código de Processo Civil.” (STJ, HC 354.800/AP, 5ª Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca, unanimidade, j. 19/9/2017, publ. 26/9/2017)

515 Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, §§ 9º e 12, que dispõem respectivamente: “Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.” “Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.”

Nessa esteira, não é à toa que há a previsão de que o colaborador esteja sempre acompanhado de defesa técnica, como meio de evitar que o estado-investigador exija mais do que aquilo a que o primeiro se comprometeu na avença. Além disso, o dispositivo analisado acaba por, indiretamente, também fundamentar outros deveres, não detalhados em lei, mas previstos no acordo de colaboração, tais como – sem qualquer pretensão de exaustividade – fornecer documentos, restituir valores, não frequentar certos lugares, não ter contato com determinadas pessoas. Tudo com a finalidade de assegurar a persecução penal.⁵¹⁶

Não obstante, mesmo havendo tal fulcro legal, a fim de evitar eventuais discussões desgastantes e perniciosas à persecução penal, o mais adequado é clausular no acordo o dever de colaboração permanente, de modo que isso faça parte explicitamente do objeto do negócio jurídico⁵¹⁷, evitando que se alegue posteriormente estarem os investigadores pretendendo ampliá-lo unilateralmente.⁵¹⁸ Em reforço a essa interpretação, é dizer, positivando um dever de colaboração contínua (já visualizável quando enfocado o condicionamento da concessão dos prêmios à efetividade da colaboração⁵¹⁹), apresenta-se o 4º, § 12, o qual deixa claro que o colaborador não fica desvinculado da persecução penal com a qual prometeu colaborar, mesmo que já esteja auferindo os efeitos de alguma sanção premial.

Em outras palavras, esse § 12 apenas encurta o caminho para a conclusão de que, mesmo previsto o prêmio do perdão das penas ou da não denúncia em acordo homologado, não poderá o colaborador esquivar-se de prestar esclarecimentos ou apresentar documentos sempre que requisitado, seja na fase investigatória ou na fase processual. Com efeito, entender diversamente significaria concederem-se prêmios sem se poder exigir, em contrapartida, a atividade colaborativa, do que resta bastante óbvia a finalidade do dispositivo.

516 Afinal, “o desejo de validade e efetividade da colaboração é consequência natural do contrato e premissa aos benefícios dele decorrentes.” (WUNDERLICH, Alexandre. **Colaboração premiada**..., p. 27)

517 “Nos termos de colaboração premiada, como nos negócios jurídicos em geral, há cláusula prevendo as hipóteses de rescisão e suas consequências, de modo a cientificar de forma plena o réu colaborador de seus direitos e de suas obrigações.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 175)
No mesmo sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado..., p. 18.

518 Amparando esse entendimento: FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 122, 138 e 139.

519 Ver, acima, item 4.1.3.

4.11 RESCISÕES E ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL⁵²⁰

É fundamental para o correto funcionamento da colaboração premiada fixar os possíveis sentidos de “retratar-se” – rescisão unilateral ou bilateral –, bem como atentar para o momento em que isso pode ocorrer e as respectivas consequências. Para tanto, deve-se ter em mente a finalidade dessa técnica de investigação – a potencialização da persecução penal – e a equilibrada liberdade contratual das partes.

4.11.1 Rescisão unilateral

Durante a negociação de um acordo⁵²¹, os investigadores, ao ouvir o que o pretenso colaborador teria a contribuir para a persecução penal, obterão conhecimento de informações sensíveis – mesmo que ainda não aprofundadamente –⁵²², mas por si sós potencialmente suficientes para ensejar diligências e, conseqüentemente, até mesmo instaurar inquéritos. Note-se que essas informações podem ser usadas para dar prosseguimento à persecução penal

⁵²⁰Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 10, que dispõe: “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”

⁵²¹Recomenda-se, com base em teoria e prática, que a negociação de um acordo de colaboração com a justiça compreenda quatro fases (MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática...**, p. 6 a 20). Na primeira – sintetiza-se – a defesa elabora uma lista dos fatos que o cliente crê possa esclarecer; na segunda, há uma reunião pessoal com agentes da persecução penal, na qual se afere se o pretenso colaborador conseguiria lastrear suas declarações com outros elementos de prova e esclarece-se-lhe detalhadamente sobre o funcionamento da colaboração; na terceira, e somente então, o estado-investigador apresenta uma proposta de benefícios, a ser ajustada consensualmente; a quarta fase consubstancia-se na gestão do acordo, quando “colhem-se as declarações do agente, conforme os pontos propostos, apreendem-se as provas entregues e requer-se ao Juiz a respectiva homologação” (ibidem, p. 17).

⁵²²Nesse ponto, cabível lembrar que o defensor do colaborador deve ser diligente para que este não libere todos os dados ou documentos cabalmente importantes até que seja homologado o acordo, pois isso poderia desestimular os investigadores a formalizar a avença. Pertinente a advertência: “todo defensor deve aconselhar o seu patrocinado a jamais fornecer informes ou prestar colaboração efetiva, como delator, sem o acordo devidamente assinado. Logo, não deve aquiescer com uma colaboração informal, não submetida ao juiz” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa...**, p. 70). Para além disso, “no caso da Operação Lava Jato, apesar de a lei não fazer previsão, os Procuradores da República têm firmado com os investigados e seus advogados um ‘Termo de Confidencialidade’ antes do início das negociações, como forma de garantir que o [que] for dito nessa etapa de tratativas prévias não será usado por nenhuma das partes antes da homologação judicial. Serve, ainda, para demarcar a data oficial do início das negociações.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 112) Nessa esteira, “após a assinatura de um termo de confidencialidade, devem ser desenvolvidas entre as partes a troca de informações (escritas, não necessariamente neste momento acompanhadas de provas) que indiquem, com dados suficientemente objetivos, o que pretende dizer e comprovar o colaborador.” (FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência...**, p. 334)

– mesmo que sejam abandonadas as tratativas para um acordo – em face de outros investigados, que não o próprio emissor delas, por expressa previsão legal⁵²³.⁵²⁴

Ora, não houvesse tal vedação, poderia restar margem para que os investigadores encetassem negociações apenas para acessar essas informações iniciais, estando mesmo predispostos a não formalizar um acordo, e usá-las em desfavor precisamente daquele que as prestou com a exclusiva finalidade de obter algum desconto em sua possível punição ou até total afastamento dela.

Entendida a salvaguarda positivada, resta claro que, após homologada a proposta (note-se que a lei usa os termos “proposta” e “acordo” indistintamente, mas devem os operadores jurídicos distingui-los⁵²⁵), tem-se um contrato válido e eficaz⁵²⁶. Nesse passo, eventual violação ao acordo por parte do ministério público (pense-se, por exemplo, no oferecimento de denúncia em desfavor de colaborador beneficiado pela imunidade processual prevista no artigo 4º, § 4º) será corrigida pelo poder judiciário (no exemplo dado, simplesmente deverá ser rejeitada a denúncia, com base no acordo).⁵²⁷ Por outro lado,

523No mesmo sentido: COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR, Américo. **Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada**..., p. 69.

524Especificamente sobre o tema, já há precedente do Supremo Tribunal Federal ratificando o que aqui exposto. Mais precisamente, em decisão unipessoal que indeferiu o acesso de terceiro a acordo de celebração ainda não publicado, o ministro Roberto Barroso asseverara que “a própria Lei nº 12.850/2013 permite que, em caso de retratação da proposta, as provas possam ser utilizadas, desde que não exclusivamente em desfavor do colaborador (art. 4º, §10). Se as provas produzidas a partir de uma proposta, antes, portanto, da homologação judicial podem ser utilizadas, essa possibilidade existe, com maior razão, em relação às provas produzidas a partir de um acordo de colaboração premiada já homologado pela autoridade judiciária competente.” Essa decisão, posteriormente, em sede de agravo regimental, foi unanimemente confirmada (STF, Inq 4.405 AgR, 1ª Turma, relator: Roberto Barroso, unanimidade, j. 27/2/2018, publ. 5/4/2018).

525“Não se confundem, assim, ‘proposta’ e ‘acordo’, tanto que a ‘proposta’ é retratável, nos termos do art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, mas não o acordo. Se o colaborador não mais quiser cumprir seus termos, não se cuidará de retratação, mas de simples inexecução de um negócio jurídico perfeito.” (STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016, p. 31 do inteiro teor do acórdão)

526Não se baralhe a eficácia do contrato (seu potencial de produzir efeitos na esfera jurídica) com a expectada eficácia da contraconduta (a consecução dos resultados potencializadores da persecução penal). Essa última diz respeito ao adimplemento do negócio jurídico por parte do colaborador. Em suma, pode haver um acordo eficaz seguido de colaboração ineficaz.

527Congruentemente, já se asseverou que “um eventual arrependimento por parte o Ministério Público afigura-se incompatível com a natureza do instituto, pois trairia a confiança nele depositada, sendo certo que, nos termos da lei, ainda poderia usufruir dos reflexos da colaboração na identificação de outras provas.” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 67) Incongruentemente, já se reconheceu o risco abjeto de se aceitar uma resilição unilateral por parte do ministério público, instrumentalizando-se indevidamente o colaborador, e, mesmo assim, afirmou-se que essa “retratação” pode ocorrer – apenas – depois (*sic*) de homologado o acordo e antes da sentença, e, como possível solução para quadro um tanto caótico contratualmente, sugere-se que esse ato ministerial também tenha de ser homologado pelo juízo, para este avaliar “as vantagens e desvantagens da medida” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**..., p. 76). Essa última posição, salvo melhor juízo, parece ser a soma de dois erros: o primeiro, a possibilidade de resilição unilateral por parte do ministério público após a homologação do acordo; o segundo, conferir ao poder judiciário atividade do estado-investigador, consubstanciada em avaliar a conveniência de um ato de caráter persecutório. Ver, acima, item 4.9.1.

eventual violação por parte do pretense colaborador – seja por omissão (desatendimento aos deveres de colaborar diligentemente) ou por comissão (violação a proibições, como, por exemplo, não faltar com a verdade ou não se envolver novamente com fato delituoso de determinada natureza no interregno da colaboração⁵²⁸) – configurará rompimento do acordo, cuja consequência máxima desfavorável ao ex-colaborador (isso, claro, se não violar o acordo cometendo o crime da lei 12.850/13, artigo 19) será simplesmente o enfrentamento da persecução penal sem a previsão de qualquer benefício.⁵²⁹ É dizer, voltará à posição comum de qualquer imputado no âmbito penal.⁵³⁰ O mesmo aconteceria (a volta à posição inicial frente à persecução, sem previsões de benefícios) em caso de nulidade do acordo causada por descoberta posterior de vícios do contrato como, por exemplo, eventual conluio entre as partes ou indução em erro de uma pela outra.⁵³¹

528“Em relação à cláusula de não voltar a delinquir, incluída em praticamente todos os acordos, trata-se de um requisito implícito à colaboração, decorrente da própria boa-fê objetiva e da lealdade. Seria um próprio contrassenso que um suposto colaborador continuasse a praticar delitos, enquanto supostamente colabora com as autoridades.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 92, nota de rodapé n. 92) Não obstante, é muito conveniente gravar no acordo quais espécies de ilícitos, se praticados, causariam imediata rescisão do negócio jurídico, vez que se afiguraria desproporcional a perda de todos os benefícios, por exemplo, caso cometida uma contravenção penal ou mesmo um crime culposo ou de menor potencial ofensivo que não tivessem qualquer relação com a persecução penal em questão.

529Em consonância, encontra-se na doutrina menção a situação “na qual o colaborador altera substancialmente sua narrativa inicial durante a instrução, ou quando se constata *falsidade* ou *omissão* em suas declarações. Nesse caso, o Ministério Público pode pedir a *rescisão* do acordo, e o magistrado poderá afastar o benefício, ou reduzi-lo, de acordo com a extensão das falhas ou vícios identificados.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF...**, p. 197, destaques originais) No mesmo sentido, os seguintes excertos. “A violação do compromisso de dizer a verdade não sujeita o indiciado ou réu ao crime de falso testemunho, porque testemunha não é, mas o sujeita às consequências do inadimplemento do acordo, perdendo o direito ao ‘prêmio’ e mantendo eficaz toda a prova colhida anteriormente em razão de sua colaboração.” (JARDIM, Afrânio Silva. **Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada...**, p. 39) “A rescisão ocasionada pelo colaborador acarreta a perda dos seus benefícios, bem como a possibilidade de utilização de todas as provas já produzidas em seu desfavor, se ainda não tiver sido prolatada a sentença; ou o cumprimento da pena imposta na sentença, se esta já foi proferida.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 155)

530Esse entendimento tem fundamento na própria natureza de negócio jurídico processual da colaboração premiada. Não obstante, poderia também ser alcançado via raciocínio analógico a partir do verbete sumular vinculante n. 35 do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe sobre o descumprimento de cláusula do acordo de transação penal no âmbito dos juizados especiais criminais. Transcreve-se. “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.”

531Colhe-se trecho doutrinário convergente, o qual afirma que, por ter o colaborador, desde o início, “o dever de dizer a verdade (art. 4º, § 14)”, o descumprimento deste acarreta o reconhecimento “de anulação (se a mentira houver sido afirmada antes da celebração do acordo) ou de rescisão (se a falsidade for posterior) do acordo” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada...**, p. 265).

Com efeito, no negócio jurídico da colaboração, não há possibilidade de “execução forçada” em face do colaborador, pois o poder judiciário não pode obrigar um imputado a fornecer informações para a persecução penal. Nessa linha, em caso de descumprimento parcial, ou mesmo total, do acordo por parte do colaborador, também não existe qualquer tipo de “multa penitencial” – para o caso de desistência do acordo – nem de “cláusula penal” – para o caso de contraconduta inefetiva (desídia e/ou resultados não alcançados). Desse modo, na primeira hipótese (desistência), há rompimento voluntário do acordo, e o máximo que pode resultar disso, como já escrito acima, é o enfrentamento da persecução penal sem benefícios. Na segunda hipótese (“inadimplemento”), se o descumprimento for total, o efeito é o mesmo da desistência do acordo; se for parcial, a depender do que clausulado, perderá todos os benefícios ou os receberá reduzidos, a critério da efetividade da contraconduta prestada.⁵³²

Portanto, no caso de rescisão unilateral, por parte do colaborador, do acordo homologado, nada impedirá que os investigadores façam pleno uso das informações já prestadas por ele, mesmo em seu desfavor⁵³³, com única exceção de sua confissão, mas isso por força do código de processo penal, artigo 200, não deste § 10 ora em comento.

Esse entendimento delineado trata com seriedade a persecução penal – ensejando a concretização de todos dos direitos fundamentais tutelados penalmente⁵³⁴ –, desincentiva a formalização de acordos irresponsáveis ou mesmo maliciosos⁵³⁵ e, ao mesmo tempo, não

532Especificamente quanto ao caso de imunidade processual clausulada e contraconduta apenas parcialmente efetiva (a colaboração propiciou menos do que fora pactuado), encontra-se na doutrina que “se a contrapartida prevista no acordo foi o não oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá oferecê-la e requerer a aplicação de uma sanção reduzida, argumentando que o acordo não foi integralmente cumprido.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Dois faces da colaboração premiada...**, p. 273) O entendimento pela redução dos benefícios no caso de adimplemento parcial, em vez de perda total deles, também encontraria base, via raciocínio analógico, no código civil, artigo 413, o qual dispõe: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

533Apontando na mesma direção, tem-se o que segue. “Pretendeu o legislador, ao que parece, impedir que o colaborador, após renunciar ao acordo, seja condenado com base tão somente em suas declarações, o que se mostra compatível com os termos do art. 200 do Código de Processo Penal. Contudo, as demais provas colhidas validamente, derivadas da colaboração, poderão ser regularmente introduzidas no processo e valoradas quando da sentença.” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas...**, p. 67) Também no sentido de ser possível o uso das informações do ex-colaborador – em seu desfavor – que rescindiu unilateralmente o acordo: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais...**, p. 1275. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 86. DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador...**, p. 109 e 110. Em sentido diverso, pela possibilidade de usar as provas derivadas (provas advindas da colaboração e distintas da confissão) somente em desfavor dos coimputados: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 523.

534BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência...**, p. 187.

535No mesmo sentido: DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador...**, p. 109. CRISCUOLO, Irene. La valutazione della chiamata in correità. **Archivio Penale**, 2014, p. 28. Disponível em: <<http://www.archivopenale.it>> Acesso em: 4 nov. 2018.

descuida da liberdade do imputado⁵³⁶, que poderá livremente encetar negociações e delas desistir antes de haver uma homologação, sem que as informações prestadas nessa fase possam ser usadas contra ele mesmo; bem como poderá abandonar a contraconduta depois da homologação, mas então sem a mencionada salvaguarda.

Por fim, deve-se abordar a competência para reconhecer a rescisão do acordo, questão que a lei não esclarece. Na mesma linha de Fischer e Pacelli, neste estudo entende-se que é sempre o juízo que homologou o acordo o competente para rescindi-lo, independentemente do exaurimento da jurisdição sobre a persecução penal na qual eventualmente homologado o acordo e também independentemente de que os frutos da contraconduta estejam sendo aproveitados em outros processos.⁵³⁷ Assim, caso rescindido acordo de colaboração, o juízo rescisor (o qual fora o homologador, repisa-se) deve comunicar os demais em cuja jurisdição estejam em uso provas oriundas da avença desfeita, de modo que a cada juízo caberá decidir sobre os efeitos dessa decisão (perda das vantagens do ex-colaborador basicamente).⁵³⁸ Essa solução evita a implosão da segurança jurídica que ocorreria se cada juízo tratasse autonomamente eventual pedido de rescisão do acordo de colaboração.

536 É uma posição hermenêutica, portanto, que respeita a colaboração premiada enquanto “instrumento de duas dimensões” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação premiada...**, p. 246) que ela efetivamente é, ou seja, tanto meio de obtenção de prova a ser manejado pelos investigadores como instrumento de defesa.

537 “Não há se esquecer como premissa que o acordo de colaboração premiada é um procedimento autônomo, relacionado com a coleta das provas para a instrução da ação penal. Esse procedimento, uma vez exaurido, será arquivado perante o juízo que o homologou, acompanhando os autos de investigação ou ação penal apenas as provas que foram produzidas a partir daquele ajuste entre as partes.” (FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência...**, p. 332)

538 *Ibidem*, p. 332 e 333. Parece que já há precedente encampando esse posicionamento, vez que, embora o conteúdo do acórdão ainda esteja sob sigilo, encontra-se o seguinte na ementa. “3. Ainda que já esgotada prestação jurisdicional de primeiro grau com a prolação da sentença – que exercitou juízo sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo –, incumbe ao juízo que homologou o acordo, com exclusividade, rescindir, eventualmente, o ajuste. 4. Além do argumento de ordem lógica – atribuir ao juízo que homologou o acordo encargo de apreciar a quebra desse –, razão de ordem procedimental também indica a adoção de tal providência, qual seja, a de evitar que múltiplos juízos e/ou tribunais deliberem sobre o tema da manutenção da higidez dos acordos firmados, para evitar a possibilidade de decisões conflitantes envolvendo colaboradores firmatários de acordos em juízos e instâncias distintas. 5. Afirmada a competência do juízo homologador do acordo para deliberar acerca da eventual quebra das obrigações assumidas. 6. Precedentes do STF – HC 127.483, Pet 7003 e QO na Pet 7074 –, e da doutrina. 7. Determinado o retorno dos autos físicos nos quais instrumentalizada a colaboração, e de seus anexos, ao juízo federal homologador do acordo para decidir sobre a sua higidez em face dos fatos trazidos ao conhecimento.” (TRF4, ACR 0012317-23.2006.4.04.7000, 7ª Turma, relatora: Salise Sanhotene, unanimidade, j. 4/12/2018)

4.11.2 Rescisão bilateral

Situação excepcional, diferente da acima analisada, seria o caso de haver confluência de vontades tanto por parte dos investigadores como do colaborador em relação à rescisão do acordo. Nessa hipótese, a qual só pode ocorrer antes de uma decisão de mérito vir a julgar provas advindas da colaboração⁵³⁹, não mais haveria a possibilidade de banalização dessa técnica investigativa – porque o estado-investigador concluiria pela desnecessidade de seu emprego – nem o risco de instrumentalização indevida do colaborador – porque seria vontade deste abrir mão do uso desse instrumento de defesa.

Então, nesse específico caso, por haver mútuo consentimento para desfazer o acordo – única hipótese em que se poderia precisamente falar em “distrato”⁵⁴⁰ –, é de se aceitar a rescisão do acordo como se ela tivesse ocorrido antes da homologação⁵⁴¹, é dizer, com a vedação do uso de qualquer informação autoincriminatória prestada pelo colaborador em desfavor dele mesmo.⁵⁴² Essa consequência, repisa-se, evidencia ser pressuposto que os elementos probatórios oriundos da contraconduta não tenham já fundamentado uma decisão

⁵³⁹No mesmo sentido: MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**..., p. 137.

⁵⁴⁰Há quem defenda ser possível, após a homologação do acordo, um “distrato unilateral” – o que, salvo melhor juízo, é uma contradição em termos –, salientando que apenas o colaborador teria direito de optar por ele, caso em que a vedação do manejo de informações autoincriminatórias contra ele mesmo restaria afastada (FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 140). Não obstante, essa posição acaba mesmo por referendar o entendimento aqui proposto, embora usando o termo “distrato” para se referir à rescisão unilateral. Transcreve-se trecho que evidenciaria a confluência de ideias. “Vale dizer que a retratação por parte do colaborador implica o rompimento do acordo de delação, o que, contudo, não se traduzirá em perda da eficácia probatória dos elementos colhidos em sede de delação quanto aos demais participantes da organização criminosa bem como quanto às infrações penais decorrentes de sua atividade. Deve-se admitir que as informações prestadas pelo colaborador que se retrata, se fizeram no transcurso de um acordo então vigente, cujos efeitos se produzem na ordem jurídica no sentido de coletarem-se elementos de prova válidos na esfera jurídica. Desdizer as informações prestadas não tem o condão de tornar inválidas as diligências que se lhe secundaram ou os elementos de prova dela dependentes.” (Ibidem)

⁵⁴¹No caso de o colaborador pretender uma rescisão parcial do que acordado, isso só não configurará simplesmente a violação do negócio jurídico se a outra parte negocial aceitar a modificação do acordo, configurando uma hipótese de rescisão bilateral parcial. Nesse mesmo sentido, o que segue. “Se é possível retratar-se [*a rigor, rescindir o acordo*] de tudo, é possível retratar-se de parte. No entanto, volta-se, aqui, ao ponto central do instituto: o consenso. A retratação parcial não pode ser imposta ao Ministério Público, que pode, em face dessa proposta, retirar a oportunidade de acordo. A relação de colaboração processual não é um ato instantâneo, mas, sim, uma relação de trato sucessivo, com obrigações permanente [*sic*] e contínuas entre as partes.” (COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR, Américo. **Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada**..., p. 71)

⁵⁴²Há ao menos dois precedentes do Supremo Tribunal Federal (nos quais emprega-se, atecnicamente, o termo “revogação” do acordo) que indicam viger a vedação de uso de elementos autoincriminatórios, e mesmo em face do ex-colaborador que rescindiu o acordo unilateralmente (com o que não se concorda – ver, acima, item 4.11.1): Inq 3.983, Tribunal Pleno, relator: Teori Zavascki, por maioria, j. 3/3/2016, publ. 12/5/2016; e Inq 3.979, 2ª Turma, relator: Teori Zavascki, unanimidade, j. 27/9/2016, publ. 16/12/2016. Não obstante, ambos deixam clara a possibilidade de usar tais informações em desfavor de terceiros.

judicial de mérito (uma sentença ou, no caso de acordo homologado após a sentença ou em caso de foro por prerrogativa, um acórdão). Ainda, quanto à competência para prolatar a rescisão bilateral do acordo de colaboração, aplica-se o mesmo entendimento do item imediatamente anterior, sobre a rescisão unilateral: é sempre do juízo homologador a competência para rescindir o acordo.

4.11.3 Anulação do acordo homologado

Neste estudo, já se explicitou, por diversos enfoques, a importância da não interferência criativa do poder judiciário no negócio jurídico processual consubstanciado pelo acordo homologado⁵⁴³, do que resulta devido não se alterarem as disposições negociadas após chanceladas pelo poder judiciário, salvo se houver – antes da sentença ou decisão de mérito congênera – mútuo consentimento entre colaborador e estado-investigador.⁵⁴⁴

Porém, ainda resta uma hipótese – presumidamente rara, mas possível – a ser considerada: a de que defeitos de validade do acordo venham a ser descobertos pelo juízo somente após a homologação, ou ainda, mais precisamente, somente após o adimplemento da contraconduta.⁵⁴⁵ Tais defeitos podem ocorrer na legalidade, na voluntariedade ou mesmo na regularidade do acordo, e podem se originar já na fase negocial ou mesmo no próprio ato judicial homologatório.⁵⁴⁶ Pense-se, por exemplo, em imputado que queria enfrentar o processo usual, mas que restou coagido a colaborar (vício de voluntariedade⁵⁴⁷) por um pequeno grupo de dissidentes de determinada organização criminosa. Pode também ocorrer que, por um descuido do juízo homologador, reste chancelada estrambólica cláusula que

543Ver, acima, tópicos 4.2, 4.7, 4.9.

544Ver, imediatamente acima, item 4.11.2.

545No mesmo sentido, o seguinte trecho de doutrina. “É possível reconhecer *vícios do negócio jurídico* diante de *atos novos*, ou de *atos antigos* revelados posteriormente e desconhecidos pelo magistrado no momento da *homologação*, como, por exemplo, a *corrupção* ou a *coação*.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**..., p. 192, destaques originais) Ainda em consonância, colhe-se da jurisprudência o seguinte. “Evidente que, por se tratar de um negócio jurídico, o acordo de colaboração, mesmo que tenha sido homologado judicialmente, poderá ser sindicado posteriormente, no todo ou em parte, conforme o caso, se houver demonstração superveniente, v.g., de erro, dolo, coação, fraude ou simulação. A meu sentir, essa demonstração superveniente compreende não apenas os fatos novos, como também os fatos pretéritos ou contemporâneos ao acordo que somente venham a ser descobertos após sua homologação.” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 142 do inteiro teor)

546Vejam-se, acima, no item 4.9.1, algumas cláusulas já julgadas inválidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal na fase de homologação.

547Ver, acima, item 4.8.3.

preveja, por exemplo, o cumprimento de pena em uma “sala de estado maior” às custas do contribuinte (vício de legalidade). Ainda, é possível imaginar situações de acordo homologado por juízo absolutamente incompetente ou em que não houve presença de defensor nos atos de negociação (no mínimo, visualizam-se vícios de regularidade).⁵⁴⁸

Nesses casos, afere-se que a segurança jurídica possivelmente cederá frente a algum outro princípio constitucional que, no caso concreto, restaria muito mais intensamente violado se o acordo não sofresse anulação. Na ausência de regulação por parte da lei 12.850/13, discutida essa questão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a maioria produziu decisão que não descuida da vedação de interferência judicial na vontade das partes e, ao mesmo tempo, não blinda cegamente os acordos de colaboração. Decidiu-se, recorrendo ao código de processo civil, que “salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade.”⁵⁴⁹

Essa solução afigura-se perfeitamente adequada. Com efeito, a força da estabilidade conferida ao acordo homologado pela coisa julgada⁵⁵⁰ é suficiente para não desestimular potenciais colaboradores a encetar contracondutas⁵⁵¹, ao passo que as hipóteses do código de processo civil, artigo 966, incisos I a VIII, não incentivam a formalização de acordos

548Ver, acima, item 4.8.2.

549STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, maioria, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018.

550Veja-se que as hipóteses aptas para causar a descon sideração da coisa julgada são todas bastante graves.

Nessa linha, “viol ar manifestamente norma jurídica” (código de processo civil, artigo 966, § 4º, inciso V), por exemplo, não pode significar meramente a existência de uma nova interpretação para o texto do acordo que fora homologado ou para o texto da lei que, posteriormente, venha a parecer violada. Em outras palavras, “se, na fase da homologação, ainda que de forma implícita, uma determinada cláusula for interpretada como sendo conforme o princípio da legalidade, não se poderá invalidá-la na fase do julgamento por mera interpretação dissonante.” (CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada...**, p. 214)

551Ver, acima, item 3.3.2.

fraudulentos, pois poderão ser fulminados se descobertos vícios de validade.⁵⁵² Neste ponto, portanto, necessário repisar que validade não se confunde com efetividade.⁵⁵³

Nessa esteira, pode-se antecipar que haverá situações em que todo o acordo deverá ser anulado (por exemplo, um caso de ausência de voluntariedade advinda de coação) e outras em que bastará a anulação de uma ou outra cláusula.⁵⁵⁴ Sempre, claro, partindo-se da presunção de que o acordo homologado é plenamente válido, nunca podendo um mero juízo de conveniência e oportunidade se travestir de controle de validade de modo a destruir a segurança jurídica, fulcro da funcionalidade da colaboração premiada.⁵⁵⁵

Por fim, quanto à competência para anular o acordo de colaboração, aplica-se o mesmo entendimento quanto àquela para deliberar sobre eventual rescisão desse negócio jurídico⁵⁵⁶: é sempre do juízo homologador a competência para eventualmente anular o acordo, devendo este, logo a seguir, comunicar os demais juízos para decidirem sobre possíveis efeitos em processos sob suas respectivas competências.

552Transcrevem-se palavras de Alexandre de Moraes, ministro que propôs a solução jurídica acatada no acórdão. “Essa possibilidade de rescisão da maior garantia de segurança jurídica existente no Estado de Direito – que é a consagração constitucional da coisa julgada – longe de ofender a boa-fé daqueles que confiaram no Estado, pretende fortalecer a confiança da sociedade na legalidade e moralidade das decisões judiciais, afastando do mundo jurídico aquelas decisões que, por exemplo, foram proferidas por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (CPC, art. 966, I), ou que tiverem violado manifestamente norma jurídica (CPC, art. 966, V), ou, ainda, que forem fundadas em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal (CPC, art. 966, VI) ou em erro de fato verificável do exame dos autos (CPC, art. 966, VIII).” (STF, Pet 7.074 QO, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018, p. 344 do inteiro teor) Destaca-se apenas que, para esse caso, prefere-se o emprego do termo “anulação” em vez de “rescisão”, sendo tecnicamente mais adequado o uso do último quando se tratar de extinção do contrato por inadimplemento ou por vontade mútua as partes, não na hipótese de invalidade. Ver, logo acima, itens **4.11.1** e **4.11.2**.

553Ver, acima, tópico 4.8.

554No mesmo sentido, colhe-se da doutrina que “tal ato judicial de controle de legalidade não implicaria a *anulação* do acordo como um todo ou a invalidação dos *benefícios* oferecidos ao colaborador. Apenas o dispositivo seria afastado, resultando válido o acordo, a não ser que a ilegalidade fosse tamanha que o restante da avença não pudesse subsistir.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**..., p. 194, destaques originais)

555“O conteúdo dos votos [STF, Pet 7.074 QO] revela mais do que a ementa do julgamento: a *homologação* do acordo encerra a análise judicial sobre a *regularidade, voluntariedade e legalidade* do acordo, tornando *preclusas* tais matérias a decisão, a não ser que fato *posterior* – ou *anterior/concomitante* e *desconhecido* do magistrado – indique a ausência de um ou dos três elementos indicados.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**..., p. 199, destaques originais) No mesmo sentido: CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**..., p. 208 e 209.

556Ver, acima, item **4.11.1**.

4.12 OPÇÃO PELO NÃO EXERCÍCIO DO DIREITO AO SILÊNCIO⁵⁵⁷

4.12.1 Renúncia ao exercício do direito ao silêncio

Primeiramente, cabe destacar que, tecnicamente, esse dispositivo prevê que o colaborador terá de renunciar, no máximo, ao exercício do seu direito ao silêncio, não ao direito em si.⁵⁵⁸ Com efeito, ele poderá a qualquer momento rescindir o acordo que formalizou e nada mais informar, ou mesmo desdizer tudo aquilo que afirmara até então, não obstante poderem os investigadores fazer pleno uso das informações já prestadas por quem rompeu o acordo.⁵⁵⁹ Portanto, o colaborador nunca perde o direito fundamental, apenas opta por não fruí-lo a fim de alcançar vantagens outras.

Há, no entanto, quem enxergue inconstitucionalidade em tal dispositivo.⁵⁶⁰ Cabe, então, analisar a constituição da república, artigo 5º, inciso LXIII, que dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Como facilmente se depreende do dispositivo constitucional, o silêncio – e a ampla interpretação que os tribunais superiores já deram a ele, consubstanciada no direito de não produzir provas contra si mesmo – é uma permissão, ou seja, uma faculdade de qualquer imputado, inclusive de eventual colaborador, e não um dever (obrigação). Com efeito, o brocardo *nemo tenetur se detegere*, com fulcro constitucional no comando transcrito, significa que o estado não pode compelir o imputado a se revelar, não que deva compeli-lo a não fazê-lo mesmo que queira.⁵⁶¹

557Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 14, que dispõe: “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.”

558No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 523. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada...**, p. 72.

559Ver, acima, tópico 4.11.

560Na defesa de tal posição (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa...**, p. 135), parece haver uma tentativa de absolutizar o direito ao silêncio. Ou, ainda, pode-se também aferir algo como uma “proibição de confissão”, quando se afirma que “em nome de se desvendar a participação de outras pessoas, os prêmios concedidos violam as garantias fundamentais; como, por exemplo, quando o acusado, na postura do delator, se torna o acusador de si mesmo.” (GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo; RODRIGUES, Leonardo Monteiro. **Colaboreis com a verdade e a colaboração vos libertará...**, p. 292 e 293)

561Pertinente, no ponto, o seguinte comentário. “Nunca soube haver um *dever* ao silêncio, sagrado e consagrado pela Constituição Federal. Aliás, se houvesse, não existiriam as *confissões* feitas por réus em juízo ou fora dele. Seriam todas inconstitucionais. Afinal, ninguém pode[ria] ser obrigado a produzir prova contra si mesmo *em circunstância alguma* [...]” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa...**, p. 78, nota de rodapé n. 8, destaques originais) No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 523. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação premiada...**, p. 245. QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se*

Portanto, resta claro que, se qualquer imputado assim escolher, poderá se autoincriminar, sem qualquer violação a direito fundamental.⁵⁶² Inconstitucional seria, isso sim, retirar-lhe essa liberdade.⁵⁶³ Veja-se que, nessa última hipótese, até mesmo seu direito fundamental à ampla defesa restaria maculado.⁵⁶⁴

4.12.2 A confissão como pressuposto da colaboração

Conexa à discussão sobre o direito ao – não sobre um (inexistente) dever de – silêncio, está a questão da exigência da confissão (autoincriminação) para se desenvolver a atividade colaborativa. Lembra-se, nesse ponto, que a colaboração premiada tem por finalidade a potencialização da persecução penal, cujos resultados perseguíveis são

detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 215.

562No mesmo sentido: SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 68. Também encontra-se na doutrina a menção ao encaixe, nesse caso de renúncia a exercício de direito fundamental, do antigo brocardo jurídico *volenti non fit injuria* (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 131), no sentido de que, em havendo consentimento, não se configura violação.

563“Retirar do investigado a oportunidade de negociar sua pena, desde que no pleno exercício de sua autonomia, é ignorar sua capacidade de decidir o que é melhor a si mesmo. Cabe ao Estado oferecer todas as oportunidades possíveis de escolher o mais adequado: seja colaborar com os investigadores e obter benefícios, seja ficar alheio à busca de provas e deixar que as autoridades corram atrás delas, sem redução de pena. [...] intervir na liberdade individual, contra a vontade da pessoa, é verdadeira postura paternalista do Estado, que age como um ‘pai’ que sabe o que é melhor ao ‘filho’. O paternalismo vale para proteger apenas quem precisa, aqueles que, de alguma forma, estejam desamparados. Quando o acusado for realmente livre para decidir – leia-se, autônomo – deve-se respeitar sua vontade.” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação premiada**..., p. 255) Em harmonia com tal posição: FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**..., p. 133 e 142. Já em sentido diametralmente oposto, há quem entenda que “no processo penal constitucional, é vedada a própria aquiescência do indivíduo imputado/acusado de aceitar voluntariamente a imposição de uma pena, no intuito de escapar da persecução penal, isto é, do procedimento regulamentado” (MATTOS FILHO, J. Maurício C.; URANI, Marcelo Fernandez. **Aspectos críticos da colaboração premiada**..., p. 327) Essa última posição parece reduzir o imputado a mero instrumento do processo, retirando-lhe a liberdade de escolher o que é melhor para si. Em suma, coisifica o indivíduo.

564“O direito à ampla defesa corresponde a uma garantia constitucional conferida ao réu para que este possa se valer, sem qualquer espécie de embaraço, de todos aqueles mecanismos processuais indispensáveis à salvaguarda de seus direitos [...] A ampla defesa não se resume a afastar as acusações, mas a fazer valer, dentro da lei, aquilo que o acusado pretende para si próprio. Pode-se alegar a inocência, a menor culpabilidade para reduzir a pena ou assumir a autoria para buscar benefícios ao final do processo.” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação premiada**..., p. 247)

minimamente especificados na lei 12.850/13, artigo 4º⁵⁶⁵, nenhum deles resumindo-se à confissão do colaborador.⁵⁶⁶

Portanto, praticamente despicendo lembrar que a finalidade do acordo de colaboração não poderá ser atingida com a mera autoincriminação do colaborador. Isso pode acontecer no âmbito do *plea bargaining* do *common law*, mas não ocorre no da colaboração premiada tal qual prevista na lei 12.850/13, pois não se confunde com aquele.⁵⁶⁷ Assim, resta questionar se a finalidade investigatória da colaboração, por outro lado, seria atendida prescindindo-se da confissão do colaborador. A resposta é totalmente negativa⁵⁶⁸, por, ao menos, duas principais razões⁵⁶⁹.

Primeiramente, a importância especial das informações advindas de colaborador tem por base a circunstância de ele ter se envolvido com os atos criminosos sobre os quais traz detalhes.⁵⁷⁰ Dessa forma, prestar informações úteis à persecução penal ao mesmo tempo em que se nega ter participado dos fatos informados faria com que suas declarações tivessem o mesmo valor de qualquer notícia de crime ou de simples testemunho⁵⁷¹, não fazendo jus a sanções premiais.

Em segundo lugar, mas não menos importante, constata-se que o legislador realizou uma ponderação entre a liberdade no manejo, por parte do imputado, desse instrumento defensivo e, do outro lado, a proteção à liberdade de eventuais delatados, bem como a tutela da eficiência da persecução penal. Isso porque condicionar a atividade colaborativa à

565“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.”

566No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 520. MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado..., p. 10.

567Ver, acima, tópico 3.1.

568Também entendendo que a colaboração implica a confissão: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas...**, p. 1004.

569As quais já foram abordadas, acima, no item 3.1.2, sob uma perspectiva de análise econômica do direito.

570A qualidade especial do conhecimento advindo do interior da atividade criminosa, sem dúvida, é devida à posição do colaborador na atividade investigada, posição que, “numa comparação com pessoa neutra e apartada do conhecimento dos delitos, permite inevitavelmente ao colaborador processual o conhecimento interno de alguma situação objetiva, ainda que restrita, embasada em dados e elementos concretos presenciados pelo agente, os quais devem ser explicitados e detalhados já nos contatos iniciais, para permitir a avaliação desses requisitos internos de procedibilidade da colaboração.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada...**, p. 202) No mesmo sentido: MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática...**, p. 14. TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha..., p. 89.

571“O efeito de mera comunicação de crime é admitido quando não estiverem configurados os requisitos do instituto da colaboração premiada pelo fato, por exemplo, de o acusado se afirmar inocente, excluindo-se de atuação no fato delituoso ou conjunto subjetivo dos membros de quadrilha ou organização criminal.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada...**, p. 167) No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 521.

confissão consubstancia-se forte desincentivo⁵⁷² a delações irresponsáveis ou maliciosas⁵⁷³, que tanto atrapalhariam a persecução penal como causariam indevido prejuízo aos indigitados.⁵⁷⁴

Pode-se afirmar, em resumo, que a atividade da colaboração não termina na autoincriminação, e sim, inicia-se com ela, sendo, portanto, a confissão exigência para o desempenho da contraconduta, sem que ela (a confissão) deixe de ser – sempre – direito do colaborador.

4.12.3 Declarações do colaborador: nova espécie do gênero “prova oral”

Ouvido o colaborador em juízo, não há tomar suas declarações como se fossem o depoimento de uma testemunha⁵⁷⁵ nem equiparar o ato ao interrogatório de um simples corréu.⁵⁷⁶ Devido às peculiaridades de sua posição, trata-se de terceiro caso, inconfundível

572“O sistema deve não somente incentivar o delator a colaborar: deve incentivá-lo a colaborar verazmente. [...] Em outras palavras: para o colaborador, dizer a verdade tem de ser mais conveniente do que mentir.” Traduziu-se do original: “*Il sistema non deve solo spingere il chiamante a collaborare: deve spingerlo a collaborare veridicamente. [...] In altri termini: per il chiamante deve essere più conveniente dire la verità che mentire.*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La tela del ragno...*, p. 3463)

573“Não se pode admitir que o agente simplesmente forneça à autoridade policial informações sobre a consumação de delitos ou a existência de organização criminosa que não tenha nenhuma relação com os fatos pelos quais ele está sendo investigado ou acusado, pois aí, sim, haveria mera delação premiada compreendida pelo significado negativo do termo, no sentido de um veículo de vingança e entrega de diferentes, e por vezes concorrentes, grupos e agentes criminais.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada...**, p. 44 e 45) Isso significa, repisa-se, que a confissão é requisito para a colaboração, nada obstando, porém, que eventuais outras informações prestadas pelo colaborador, sobre infrações nas quais ele realmente não tenha tomado parte, sejam aproveitadas na persecução penal (ao menos como notícia-crime).

574Ignorando esses dois argumentos e defendendo a possibilidade de delatar sem confessar, alegadamente a fim de se preservar amplamente o direito ao silêncio: FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada...**, p. 147, 152 e 153. Em sentido contrário a esse, e convergente com o defendido neste estudo, asseverou-se o seguinte. “A delação, a propósito, para que guarde eficácia probatória, sempre pressupõe que, antes de acusar terceiros, o delator assumira sua própria responsabilidade, conforme indica a jurisprudência.” (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado...**, p. 43) Ainda pela juridicidade da renúncia ao exercício do direito ao silêncio, também já se asseverou que “se o acusado pudesse se calar no que fosse perguntado pelo delatado, restaria inviabilizada a exploração contraditória da fonte de prova que fez a colaboração e, conseqüentemente, nulificado o direito ao confronto” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada...**, p. 134). Há também quem afirme haver uma “razão lógica” na renúncia em questão, na medida em que, “se o acusado aceita colaborar com o *law enforcement*, o silêncio passa a ser incompatível com a realização do acordo.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 139)

575No mesmo sentido: BOTELHO, Jeferson. **Direito penal premial: delação e colaboração premiadas**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 225. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada...**, p. 145.

576Encontra-se na doutrina que, em relação ao “conteúdo das declarações do colaborador”, a própria lei 12.850/13 “não se refere a interrogatório, como no caso dos acusados, ou depoimento, como para as testemunhas” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada...**, p. 135). Com efeito, no artigo 4º,

com mera oitiva de corréu ou de testemunha, cuja novidade é inexoravelmente implantada no ordenamento com a possibilidade de envolvido nos fatos delituosos colaborar com a justiça.

Com efeito, não há como ficcionar quanto ao colaborador o desinteresse pessoal – pressuposto em relação às testemunhas – de informar em juízo o que sabe sobre os fatos delitivos.⁵⁷⁷ Afinal, ele só está colaborando precisamente porque almeja benefícios.⁵⁷⁸ Além disso, não poderá recusar-se a depor com base no código de processo penal, artigo 206⁵⁷⁹; e não será restringido pelo artigo 207⁵⁸⁰ da mencionada lei, vez que, enquanto colaborador, também age em atividade defensiva própria.⁵⁸¹

De outra banda, também não há confundir sua oitiva com a de outro corréu qualquer. Em primeiro lugar, veja-se que, tecnicamente, não há “nomeação à autoria” (substituição de um sujeito ilegítimo por um legítimo no polo passivo da demanda) nem “chamamento ao processo” (ato que faz com que outro devedor, solidário, componha a relação processual), sendo descabido confundir a oitiva de colaborador com institutos do processo civil.⁵⁸² Por outro lado, ao formalizar acordo, o colaborador escolheu – livremente – renunciar ao exercício do seu direito ao silêncio e arcar com o dever de comunicar verazmente e sem

§ 7º e § 16, e artigo 6º, inciso III, a lei menciona “declaração(ões)”. Não obstante, no artigo 4º, § 14, emprega-se o termo “depoimento” para se referir à mesma coisa. Logo, o argumento filológico tem pouca força aqui, devendo-se, portanto, considerar tanto as finalidades da colaboração premiada como os direitos fundamentais dos envolvidos de modo a não se confundir a atividade do colaborador com a de testemunha nem com a de simples corréu.

577Convergentemente, o seguinte excerto. “A previsão legal do dever de dizer a verdade não transmuta o colaborador em testemunha, dado o seu evidente interesse no caso, mas apenas torna legítima a aplicação das consequências mencionadas [*perda dos benefícios acordados em caso de violação dos seus deveres*], afastando a possibilidade de que o colaborador se escude no direito à não autoincriminação para mentir.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Duas faces da colaboração premiada**..., p. 265)

578Tanto assim é que, em caso de oitiva de colaborador, o eventual acusado tem o direito de saber que aquele que deporá está na posição de colaborador premiado, sendo de menor importância como se denominará, para fins forenses, a categoria do depoente. Exemplifica-se com trecho de interessante julgado. “2. Não sendo vedada a ouvida de coautores colaboradores, constantes ou não do processo, exigida é tão somente a indicação dessa condição – não pode o acusado desconhecer a condição do depoente como favorecido em acordo de colaboração premiada. 3. A categoria indicada ao colaborador deve ser de corréu ou informante (se não integra a ação penal), pelo direto interesse nos fatos acusatórios, mas a errônea nomeação como testemunha não gera nulidade na colheita ou valoração dessa prova.” (STJ, RHC 75.856/SP, 6ª Turma, relator: Nefi Cordeiro, unanimidade, j. 6/12/2016, publ. 16/12/2016)

579“Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.”

580“Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”

581Não obstante, há entendimento diverso sobre o tema. Por exemplo, indica-se que, exclusivamente nos processos em que não se afigurar corréu, seja o colaborador ouvido como testemunha (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**..., p. 77 e 78). Entende-se aqui não ser isso o mais adequado, vez que, mesmo em tal situação, o colaborador terá como motivação de seu depoimento as sanções premiaias.

582TORNAGHI, Hélio. **Institutas de processo penal**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 391 e 392.

reservas, tal qual previsto expressamente no artigo 4º, § 14⁵⁸³. Com efeito, se mentir dolosamente durante o desempenho da contraconduta, incorrerá em crime próprio de colaborador, previsto na lei 12.850/13, artigo 19, e não no crime de falso testemunho previsto no código penal, artigo 342.

Esse entendimento aplica-se, inclusive, ao caso de colaborador premiado com a não denúncia. Afinal, meramente não se afigurar como corréu nos processos em que prestará declarações, não elidirá seus deveres de colaborador. Assim, independentemente dos prêmios clausulados, caso falte com a verdade, sua conduta sempre será subsumível à lei 12.850/13, artigo 19, nunca ao código penal, artigo 342.⁵⁸⁴ Nessa mesma linha, também conclui-se ser inadequado referir-se ao colaborador como uma “figura híbrida” entre testemunha e corréu.⁵⁸⁵ Em verdade, não é necessário nem útil forçar encaixar o novo em moldes antigos.

4.13 EXIGÊNCIA DE DELAÇÃO CORROBORADA PARA FUNDAMENTAR DECISÃO CONDENATÓRIA⁵⁸⁶

4.13.1 Delação, testemunho e critérios subjetivos

A fim de dificultar a adjudicação de sanções premiais enquanto contrapartida a uma colaboração consubstanciada por delação inverídica, o legislador tomou a precaução de exigir maior confiabilidade quanto ao conteúdo das declarações do colaborador. Dessa forma, a exigência de que algum elemento probatório outro ampare o conteúdo das palavras do colaborador para que possam lastrar uma condenação penal, acaba por realizar a mesma finalidade da positivação do dever de veracidade para o colaborador (enquanto desejar manter-se como tal) e da criminalização de delações mendazes (lei 12.850/13, artigo 19).⁵⁸⁷

⁵⁸³Ver, acima, item 4.12.1.

⁵⁸⁴Em sentido contrário, considerando possível o colaborador atuar como testemunha se gozar de imunidade processual: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**..., p. 524.

⁵⁸⁵Também afirmando a impossibilidade de equiparar as declarações de colaborador da justiça tanto com o testemunho como com a mera confissão: FARIAS, Valdoir Bernardi de. **Delação premiada**..., p. 151 e 152. Em sentido contrário (aferindo hibridismo): FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**..., p. 154.

⁵⁸⁶Análise fulcrada na lei 12.850/13, artigo 4º, § 16, que dispõe: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”

⁵⁸⁷Ver, acima, tópico 4.12.

Veja-se que, mesmo se não houvesse a exigência de corroboração, a palavra do colaborador já teria indisfarçável peso probatório, já que (1) ele teve participação confessa nos fatos delitivos dos quais revela detalhes⁵⁸⁸; (2) diferentemente dos imputados comuns, não está – por opção própria, repisa-se – amparado pela permissão de faltar com a verdade, inclusive correndo o risco de incidir em crime próprio⁵⁸⁹; (3) caso verificado que faltou com a verdade, perderá todas as vantagens às quais faria jus se colaborasse efetivamente⁵⁹⁰.⁵⁹¹ Note-se que esse último fator, mesmo que não consubstancie propriamente uma pena, mas mera consequência da rescisão contratual, afigura-se o mais forte de todos os que pressionam pela honestidade das delações.⁵⁹²

Esses fatores arrefecem, e muito, as desqualificações lançadas contra a colaboração na modalidade delação. Com efeito, sói encontrar-se na doutrina que o colaborador tem interesse na fruição das sanções premiaias e, por isso, estaria impelido a alcançá-las a qualquer custo, até mesmo afastando-se da verdade.⁵⁹³ Não obstante, considerados pelo menos os três fatores identificados no parágrafo anterior, constata-se que é bem mais arriscado (ou custoso) para o pretense colaborador formalizar um acordo e descumpri-lo do que nem encetar qualquer contraconduta.⁵⁹⁴ De fato, nessa última hipótese, enfrentará o processo usualmente,

588Lembra-se aqui que, não fosse verdadeira sua confissão, muito provavelmente o colaborador teria escolhido o processo usual, com a presunção de inocência e todas as demais garantias, além da grande chance de prescrição (ver, acima, item 3.2.3). Ainda, quanto a esse fator, a confissão por parte do colaborador, há quem o considere “a hipótese que com maior probabilidade de acerto assegura credibilidade às suas declarações incriminadoras.” (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**..., p. 73)

589Em consonância, já se asseverou que, por força desse § 16 ora em análise, “a palavra do colaborador, por si só sem qualquer elemento probatório que a cerca ou garanta, é uma fumaça. Uma fumaça, no entanto, espessa, que vem de alguém que, ao contrário do tratamento dado ao réu na ação penal, não tem o direito de silenciar ou mentir.” (DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador**..., p. 108)

590Ver, acima, tópico 4.11.

591No mesmo sentido, colhe-se excerto de doutrina estrangeira. “Necessário também destacar que, se se está lidando com um colaborador da justiça, este tem um interesse especial em fazer declarações e imputações verazes, uma vez que a verificação de mendacidade acarretaria a perda de todas as vantagens inerentes à situação de colaborador, desde reduções de penas até remunerações mensais.” Traduziu-se do original: “*Bisogno anche sottolineare che qualora si avesse a che fare con un collaboratore di giustizia, questi ha un interesse specifico a formulare dichiarazioni e accuse rispondenti a verità dal momento che l’acclaramento della falsità comporterebbe la perdita di tutti i vantaggi inerenti allo status di collaboratore, dagli sconti di pena alla retribuzione mensile.*” (CRISCUOLO, Irene. *La valutazione della chiamata in correità*..., p. 28)

592Nessa esteira, já se asseverou que “com relação ao colaborador, ao contrário do réu comum, a garantia de sua honestidade é o próprio acordo. A punição por qualquer deslize é muito alta. Um preço quase impagável.” (DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador**..., p. 109)

593Ver por exemplo: BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 192 e 193. NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**..., p. 58.

594Assim, a afirmação de que “não se pode presumir no imputado a liberdade moral que se pressupõe na testemunha” (BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. **Consulex**, n. 443, p. 26, fev. 2015, p. 26), empregada com fito de diminuir o valor probatório da delação em face do testemunho, ainda resta verídica, mas com sentido exatamente oposto àquele que sói conferirem-lhe. Afinal, exatamente por almejar não perder seu acordo, o colaborador sente-se

sem benefício algum. Já na primeira, de consequências mais severas, desperdiçará tempo e energia nas negociações e em alguma atividade de cunho cooperativo e, mesmo assim, acabará por enfrentar o processo usualmente, já que perdas as vantagens, e ainda terá, como acréscimo, de se defender de eventuais novas imputações oriundas de conduta mendaz realizada enquanto afigurava-se como colaborador.

Veja-se que, consideradas as consequências de faltar com a verdade, mesmo os depoimentos das testemunhas apresentar-se-iam menos confiáveis do que as declarações de colaboradores, dado que o pior risco com o qual arcará a testemunha que faltar com a verdade será o de uma condenação pelo crime do código penal, artigo 342⁵⁹⁵, podendo até mesmo extinguir a própria punibilidade se se retratar antes da sentença.

Delineado esse quadro como ponto de partida, constata-se quase automaticamente que caem por terra argumentos em desfavor da confiabilidade da delação baseados na personalidade, “caráter”, sentimentos negativos ou mesmo na vida pregressa do colaborador^{596, 597}. Nessa esteira, também descabe ficcionar uma qualidade ontológica e apriorística que sempre acarretaria a superioridade epistemológica do testemunho em face da

muito menos livre para omitir ou negar a verdade.

595“Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.”

596Quanto a eventual constatação de que o colaborador mentira em situações anteriores, ou falara a verdade, já se afirmou que, “na verdade, esse critério é mais sugestivo do que conclusivo: o fato de o declarante sempre ter dito a verdade anteriormente, não exclui que venha a mentir agora. Mas também é verdadeiro o contrário: o fato de ter anteriormente declarado falsamente, não significa que não possa – pela primeira vez – dizer a verdade. [...] Na realidade, o critério da credibilidade subjetiva é facilmente preterível e, de fato, geralmente é preterido.” Traduziu-se do original: “*Infatti, questo criterio è più suggestivo che risolutivo: il fatto che il dichiarante abbia prima di allora sempre detto il vero non esclude che questa volta dica il falso. Ma è vero anche il contrario: il fatto che prima abbia detto il falso non significa che – una volta tanto – non possa dire il vero. [...] In realtà, il criterio della credibilità soggettiva è facilmente aggirabile e di fatto viene spesso aggirato.*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. La tela del ragno..., p. 3457)

597Esses elementos subjetivos, em verdade, são “parâmetros de difícil verificação pelo julgador, cuja comprovação padece de indevidos espaços de discricionariedade e potencial arbitrariedade. Pensa-se que somente se existirem elementos concretos que demonstrem eventuais motivos inidôneos (intenções de falsa incriminação aos coimputados) poder-se-ia aventar a possibilidade de sua consideração para fragilização da confiabilidade interna.” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 223) Diversamente, propondo a avaliação judicial, via de regra, de atributos subjetivos do colaborador: BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório da delação premiada..., p. 28.

declaração de colaborador.⁵⁹⁸ Talvez fosse mesmo comum ocorrer essa presunção no âmbito da colaboração premiada enquanto mera causa especial de diminuição de pena ou de perdão judicial (hipóteses discricionárias), mas soariam estridentes demais eventuais confusões entre essa contraconduta de quem pouco – ou nada – tem a perder⁵⁹⁹ com a contraconduta do colaborador sob regime da lei 12.850/13, situação em que há cominação de penas autônomas para mendacidade, ônus de optar por não exercer o direito ao silêncio, perda de benefícios clausulados em acordo escrito e explícita exigência de corroboração às declarações.⁶⁰⁰

Portanto, de se concluir que, assim como é com relação ao processo como um todo, deve-se sempre buscar elementos estritamente objetivos para se julgarem os fatos também quando em foco a credibilidade das delações.⁶⁰¹

598 Há, por exemplo, quem ressalte que “o valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa...**, p. 58). Ora, a rigor, toda prova só terá algum valor epistemológico ao ser contrastada com as demais. Não há prova com “valor absoluto”. Além disso, conforme já exposto aqui, sob as exigências e cautelas da lei 12.850/13, resta grande o interesse do colaborador em não faltar com a verdade, sob pena de perder todos os benefícios almejados e, cumulativamente, incorrer em novo crime. Em consonância, colhe-se da doutrina italiana que “o recorrente [delatado] sustentará que o declarante tem interesse em delatar para obter os benefícios da colaboração. Ao que se replicará: o interesse em delatar é diferente do interesse em mentir; com efeito, uma vez que, havendo uma falsa delação, os benefícios serão revogados, o sistema premial incentiva delações verdadeiras e desincentiva delações falsas.” Traduziu-se do original: “*Il ricorrente sosterrà che il dichiarante ha interesse ad accusare per lucrare i benefici della collaborazione. Al che si replicherà: l'interesse ad accusare è cosa diversa dall'interesse a mentire; anzi, poiché in presenza di una falsa accusa i benefici vengono revocati, il sistema premiale genera spinte ad accuse vere e controspinte ad accuse false.*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La tela del ragno...*, p. 3458)

599 Afinal, a extensão da adjudicação de prêmios, nessa hipótese, apresenta-se como mera discricionariedade judicial a se realizar, ou não, na fase de dosimetria da pena (ver, acima, tópico 4.2). Não obstante, mesmo tendo em vista esse cenário – que não se confunde com o regime da lei 12.850/13 (a qual impõe pressões contrárias à mendacidade) –, há também quem perceba que “o risco de falsidade da delação não é maior do que o risco de um falso testemunho” (FARIAS, Valdoir Bernardi de. **Delação premiada...**, p. 140).

600 Vê-se, pois, que a palavra do colaborador, devido a todos os filtros que atuam sobre sua contraconduta, não é pueril. Pelo contrário: deve ser atenciosamente considerada. Mormente, então, quando se tratar de decisão de recebimento de denúncia, que não exige cognição profunda. Nesse caso, bastaria o exame “interno” das declarações (abordado logo a seguir, no item **4.13.2**); se o resultado da avaliação for positivo, inaugura-se o processo para que a acusação possa apresentar as demais provas. Nesse mesmo sentido: “no momento preliminar de apuração da prática delituosa, nada impede que uma colaboração premiada, isoladamente considerada, sirva como fundamento para a instauração de um inquérito policial ou até mesmo para o oferecimento de uma peça acusatória. Afinal de contas, para que se dê início a uma investigação criminal ou a um processo penal, não se faz necessário um juízo de certeza acerca da prática delituosa.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada...**, p. 540)

601 Note-se, portanto, que a credibilidade verificada é a do conteúdo das declarações, não da pessoa do colaborador. Explicando-se mais detidamente, “não existe, por si, uma credibilidade subjetiva: no máximo podemos falar de uma propensão a dizer a verdade ou a inverdade. [...] A credibilidade não é um *status* do declarante. Muito menos, um *status* permanente. A credibilidade deve ser vista em relação à declaração: é uma qualidade da declaração, não do declarante.” Traduziu-se do original: “*Non esiste una credibilità soggettiva in sé: al massimo potremmo parlare di una propensione a dire il vero o il falso. [...] La credibilità non è uno status del dichiarante. Tanto meno è uno status permanente. La credibilità va vista in relazione alla dichiarazione: è una qualità della dichiarazione, non del dichiarante.*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La tela del ragno...*, p. 3458)

4.13.2 Exames interno e externo, e a delação “vestida”

Quanto aos elementos objetivos das delações a serem perscrutados, pode-se dividi-los em dois tipos: os internos e os externos. Como elementos internos, listam-se: logicidade, fluidez, precisão, coerência, espontaneidade, detalhamento.⁶⁰² Veja-se que esse exame interno, em verdade, não destoa daquilo que deve ocorrer com qualquer prova oral⁶⁰³. Além disso, é de se esperar que esse crivo já tenha sido realizado também pela polícia ou ministério público, ainda na fase investigatória.⁶⁰⁴ De qualquer modo, uma avaliação judicial positiva quanto ao exame interno, embora importante, não configura a corroboração exigida pelo artigo 4º, § 16, para fundamentar uma decisão condenatória.

A delação resta corroborada, ou “vestida”, quando elementos externos a ela (logo, seus atributos não servem para tanto) amparam sua veracidade.⁶⁰⁵ Esse ponto é sabidamente

602 Não são atributos lançados a esmo, e sim, intitulam cada um dos itens, autoexplicativos, extraídos de doutrina italiana a seguir transcrita. “A ciência psicológica desenvolveu critérios para avaliar a declaração: a) boa estrutura lógica; b) produção narrativa não rigidamente estruturada, uma vez que quem mente esforça-se para formular declarações livres de contradições; c) precisão nos detalhes referentes a pessoas, lugares e fatos; d) coerência interna; e) presença de correções espontâneas; f) bom número de detalhes marginais ou referentes a estados de ânimo.” Traduziu-se do original: “*La scienza psicologica ha elaborato dei criteri per valutare la dichiarazione A) Buona struttura logica; B) Produzione narrativa non rigidamente strutturata dal momento che chi mente tende a formulare dichiarazioni prive di contraddizioni; C) Precisione nei dettagli riferiti alle persone, ai luoghi e ai fatti; D) Coerenza interna; E) Presenza di correzioni spontanee; F) Buon numero di dettagli marginali o riferiti a stati d'animo.*” (CRISCUOLO, Irene. La valutazione della chiamata in correità..., p. 29)

603 “Nota-se que essa aferição é inerente a qualquer avaliação séria que se pretenda sobre os meios de prova existentes no processo; até mesmo a confissão, para ser passível de gerar efeitos perante o confitente, deverá estar dotada de coerência interna, lógica narrativa e de atenção sobre as razões internas da confissão.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**..., p. 203) “Também para a testemunha tem de haver um procedimento de verificação com a finalidade de atestar sua confiabilidade, tanto no que pertine a mendacidade como a erro (de percepção, de memória, de verbalização).” Traduziu-se do original: “*Anche per la testimonianza occorre una procedura di verifica volta a testare la sua attendibilità, sia sotto il profilo del mendacio, sia sotto quello dell'errore (di percezione, di ricordo, di verbalizzazione).*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. La tela del ragno..., p. 3464)

604 Com efeito, “as lacunas, contrariedades ou dúvidas advindas do relato do declarante podem indicar ausência da consistência mínima necessária para se prosseguir com a aferição da sua credibilidade.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**..., p. 204)

605 Quanto à natureza desses elementos (sejam eles documentos, declarações, vídeos, áudios etc), não há especificação alguma exigível. Conforme colhe-se da doutrina estrangeira, “a corroboração externa à delação é constituída por qualquer elemento de prova obtível dos autos processuais que tem de convergir logicamente com a delação para corroborar o escopo acusatório.” Traduziu-se do original: “*Il riscontro esterno alla chiamata di correo è costituito da qualsiasi elemento di prova ricavabile dagli atti processuali che deve convergere logicamente con la chiamata, così da corroborarne la portata accusatoria.*” (FELICE, Valerio De. Inquadramento strutturale e rilievi introduttivi della chiamata di correo. **Archivio Penale**, 2014, p. 6. Disponível em: <<http://www.archiviopenale.it>> Acesso em: 4 nov. 2018) No mesmo sentido: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**..., p. 207.

pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência.⁶⁰⁶ Não obstante, a partir dele surge questão mais complexa. A corroboração tem de ser composta por outras provas que, autonomamente, fundamentariam a condenação do imputado? Ou ela pode constituir-se de provas da veracidade do conteúdo da delação em si?

Um exemplo simples correspondente à primeira pergunta poderia ser um caso em que, havendo membro de uma organização criminosa – especializada em facilitar a concessão de licenças ambientais em troca de pagamentos espúrios – apontado um comparsa que também cometia corrupção passiva, diligências policiais ulteriores conseguissem prender em flagrante o delatado recebendo valores ilícitos no saguão de um hotel. Veja-se que, por si, a apreensão dos valores ilícitos em situação flagrancial mostra-se bastante capaz de comprovar o cometimento do delito. Já um exemplo correspondente à segunda pergunta poderia partir do mesmo caso narrado, mas, em vez de compreender uma prisão em flagrante, constaria apenas que o delator informou quais empresas pagavam as vantagens ilícitas ao delatado e como teriam sido viabilizadas as licenças ilícitas, bem como teria sido constatado patrimônio do indigitado incompatível com suas rendas lícitas. Note-se que, nessa segunda hipótese, nenhuma das três linhas informativas, por si só, se afiguraria apta a fundamentar a responsabilidade penal do delatado por crime de corrupção passiva. Não obstante, uma vez verificado que o *modus operandi* da descrita atividade ilícita de licenciamento das empresas identificadas requeria sua participação, bem como considerada a discrepância patrimonial, todas as três corroborariam a declaração do colaborador.⁶⁰⁷

606“Se não houver corroboração, o discurso é belo e terminado. O declarante pode até ser um anjo encarnado, suas declarações não podem ser consideradas. A lei, prescrevendo a necessidade de corroboração, sacrifica o utilitarismo do caso pelo utilitarismo da regra: em um caso singular a regra pode levar a uma sentença injusta, mas, no total dos casos, os ganhos da regra superam seus custos.” Traduziu-se do original: “*Se non c'è riscontro il discorso è bello e finito. Il dichiarante può essere anche un angelo reincarnato, le sue dichiarazioni non possono essere prese in considerazione. Il codice, prescrivendo la necessità del riscontro, sacrifica l'utilitarismo del caso all'utilitarismo della regola: in un singolo caso specifico la regola può portare a sentenze ingiuste, ma nel complesso dei casi i profitti della regola superano i suoi costi.*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La tela del ragno...*, p. 3460) Assim, pode-se dizer que “a corroboração tem uma função dupla: normativa e lógica. Normativa: sem a corroboração, a partida termina antes de ser jogada. Lógica: a corroboração reforça a delação e pode – mas obviamente não obriga – carrear uma condenação.” Traduziu-se do original: “*il riscontro ha una doppia funzione: normativa e logica. Normativa: senza il riscontro, si chiude la partita prima ancora di giocarla. Logica: il riscontro rafforza la chiamata e può – ma non ovviamente obbliga – portare ad una condanna.*” (Ibidem)

607Em outras palavras, em que pese a cada uma das informações poder ser considerada indício de cometimento de alguma infração, nenhuma delas conseguiria, sem mais, esclarecer a autoria do crime de corrupção passiva em tela. Não obstante, uma vez sustentando a confiabilidade da delação, a qual identifica o agente, acabam por fortalecer cabalmente a hipótese acusatória de liame entre o delatado e o fato imputado. Nesse sentido, já se asseverou, com razão, que “a corroboração deve ser [sic] dar com elemento probatório relacionado (direta ou indiretamente) ao thema probandum em análise, e não a questões tangenciais às declarações do colaborador. Por exemplo, se o acusado afirma ter participado de um roubo a banco com o corréu em um dia após o almoço, depois de tomar café em um bar, e é produzido o depoimento de um garçom do

Percebe-se que, em qualquer dos dois exemplos, os outros elementos de prova amparam a veracidade do conteúdo da delação.⁶⁰⁸ Apenas, no primeiro caso, sucederam elementos probatórios considerados “prova autônoma de culpabilidade”⁶⁰⁹, enquanto que, no segundo, os elementos probatórios vieram precipuamente a atestar a confiabilidade da delação, não se afigurando aptos a, por si, condenarem o delatado, mas “vestindo” as declarações do colaborador de modo que elas pudessem fundamentar uma sentença condenatória.⁶¹⁰

Ora, se, no raciocínio efetuado para se chegar a uma resposta ao que se pode considerar corroboração externa, for considerada a finalidade do artigo 4º, § 16, de proteger imputados frente a eventuais delações falsas, e não um ficto defeito “ontológico” das

estabelecimento que somente confirma ter servido café ao imputado, não há corroboração do fato objeto da persecução, mas de elemento colateral da descrição fática. Logo, em uma situação semelhante à descrita, as declarações do colaborador ainda careceriam de corroboração externa.” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**..., p. 225 e 226, destaques originais)

608 Insistindo-se neste ponto, constata-se que todos reforçam a hipótese de vínculo entre delatado e fato criminoso objeto do processo. Nesse sentido, Roberta Casiraghi traz à balha didático exemplo jurisprudencial no qual – sintetiza-se – expõe-se que, se Tício declara que Caio matou Semprônio embaixo da Torre de Pisa, não pode a existência da Torre de Pisa amparar a confiabilidade dessa declaração no que pertine ao homicídio imputado; não obstante, poderia restar corroborada a declaração caso fosse encontrado sangue da vítima embaixo daquela torre e não se soubesse o local do crime antes da declaração de Tício (CASIRAGHI, Roberta. *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration*. **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 1, 7 nov. 2012, p. 3, nota de rodapé n. 17. Disponível em: <<https://www.penalecontemporaneo.it>> Acesso em: 15 nov. 2018).

609 “Assim, as declarações acusatórias podem ser avaliadas por meio de qualquer outro elemento de prova idôneo a confirmar a confiabilidade das mesmas. Embora não seja necessário que a corroboração figure [*isto é, relacione-se diretamente com*] o *thema probandum*, nem que seja prova autônoma de culpabilidade, é pacífico que os elementos de corroboração podem fundamentar o juízo de culpabilidade mesmo por si sós, conquanto sejam eles mesmos prova plena.” Traduziu-se do original: “*Dunque le dichiarazioni accusatorie possono essere valutate con qualsiasi altro elemento di prova idoneo a confermare l’attendibilità delle medesime. Pur non dovendo il riscontro rappresentare il thema probandum, né essere prova autonoma di colpevolezza, è pacifico che gli elementi di riscontro possano fondare il giudizio di colpevolezza anche da soli purché risultino di per sé prova piena.*” (IACOBONI, Riccardo. *L’accertamento estrinseco della chiamata: i riscontri*. **Archivio Penale**, 2014, p. 31. Disponível em: <<http://www.archiviopenale.it>> Acesso em: 4 nov. 2018)

610 “Por isso se diz que os dados de corroboração devem se relacionar com os fatos relatados pelo colaborador, permitindo que se ateste a credibilidade extrínseca de suas declarações acusatórias, firmando-se a suficiência da colaboração processual vestida, meio de prova composto, para enervar o princípio da presunção de inocência.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**..., p. 209) Devido à comum destruição de elementos probatórios mais óbvios realizada pelos envolvidos assim que vêm a saber das investigações em curso, esses dados de corroboração geralmente são “registros secundários que sustentam a versão do agente, como a utilização de telefones celulares, localização das pessoas via ERB, comprovação de deslocamento por avião ou rodovias pedagiadas, transferências bancárias no país ou no exterior, gravação de câmeras internas de segurança, registros de entradas em órgãos públicos ou privados, registro de agendas, registros de jantares em cartões de crédito, presença de terceiros (testemunhas independentes), mensagens eletrônicas, e-mails, etc.” (MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática**..., p. 11) Também ressaltando a importância desses “registros secundários” como elementos de corroboração: TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha*..., p. 81.

declarações de colaborador da justiça⁶¹¹, resta claro que a corroboração exigida diz respeito à veracidade ou confiabilidade do conteúdo da delação, independentemente de constituir ou não, autossuficientemente, também prova da responsabilidade penal do delatado.⁶¹²

O raciocínio aqui exposto encontra respaldo em interessante julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ocorrido antes mesmo da vigência da lei 12.850/13, portanto, destaca-se, em ambiente processual de menor risco – se comparado com o atual – para o delator que cogitasse faltar com a verdade. Valdez Pereira bem sintetizou o caso conforme segue.

Colaborador preso em flagrante quando tentava embarcar com drogas para a Europa revelou a existência de uma organização criminosa cuja finalidade seria a de traficar entorpecentes para o exterior. Referiu que foi contratado por membros da organização para transportar a substância camuflada na sua bagagem, a qual veio a ser apreendida no aeroporto. Informou ainda aos órgãos de repressão o nome do proprietário dos tóxicos, ou seja, a pessoa que o contratou, e forneceu as passagens aéreas e dinheiro da viagem. A confirmação do relato do arrependido processual em juízo embasou-se em declaração de empregado da agência de turismo, na qual os bilhetes aéreos foram adquiridos, ratificando que as passagens do colaborador foram compradas no cadastro do agente delatado, conforme efetuado em outras oportunidades, tendo inclusive apresentado o recibo do pagamento da passagem em nome do acusado revelado pelo colaborador. Outro elemento corroborativo deu conta de que no dia do embarque do transportador houve contatos telefônicos entre colaborador e acusado momentos antes do deslocamento para o aeroporto⁶¹³.

611Ver, logo acima, item 4.13.1.

612Nessa esteira, já se afirmou que “a função cognitiva da corroboração é desmascarar, por assim dizer, a *fotomontagem na reconstrução dos eventos*: fotomontagem objetiva quando o colaborador cria uma história completamente falsa com ingredientes verdadeiros, que ele bem conhece devido a seu *inside knowledge* (precisamente porque participou dos fatos); ou fotomontagem subjetiva, que pode ser *por substituição* (como se em uma foto de grupo, na posição de um, fosse colocado outro) ou *por adição* (se fosse acrescentado um outro).” Traduziu-se do original: “*la funzione cognitiva del riscontro è quella di smascherare, per così dire, il fotomontaggio nella ricostruzione degli eventi: fotomontaggio oggettivo, quando il collaborante crea una storia completamente falsa con ingredienti veri, che lui ben conosce in virtù della sua inside knowledge (proprio perché ha partecipato ai fatti); o fotomontaggio soggettivo, che può essere per sostituzione (come se in una foto di gruppo al posto di uno ci mettiamo un altro) o per aggiunta (se ci aggiungiamo un altro).*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La tela del ragno...*, p. 3464, destaques originais)

613Nota no original: TRF4, ACR 2005.72.00.007063-8, Oitava Turma, Rel. Elcio Pinheiro de Castro, DJ 06.09.2006.

Caso se viesse a exigir que a corroboração das informações oriundas da delação dependesse de outros meios de prova sobre os próprios fatos imputados ao delatado, seria necessário que alguma testemunha confirmasse a propriedade da droga como sendo do chamado em causa pelo arrependido, ou declarasse que constatou o repasse das substâncias do agente para o colaborador; ou então que uma escuta telefônica atestasse a ligação entre os agentes acertando detalhes do transporte; enfim, algum elemento de prova que ligasse diretamente o agente revelado pelo colaborador com a droga apreendida. Nesse caso, não haveria necessariamente de se utilizar o instituto da colaboração premiada, pois os demais elementos de prova seriam suficientes para a imputação do fato. Por isso é que se reconheceu no processo a culpabilidade do acusado com base na delação premiada fortalecida pelos demais elementos de confirmação.⁶¹⁴

Indo um pouco além do que referido no didático trecho transcrito, mas sem dele discordar, afirma-se que, considerada cabível a interpretação quanto ao artigo 4º, § 16, de que se exigem provas outras autossuficientes (ou autônomas) quanto à responsabilidade penal do imputado, restaria mesmo despicienda a própria delação⁶¹⁵, é dizer, estaria descartada uma das principais espécies do gênero colaboração premiada. Diferentemente, conforme a exegese de que a lei exige respaldo à veracidade das declarações em si, tem-se que o legislador, sem abrir mão desse meio de prova⁶¹⁶, tomou a precaução de reforçar o desincentivo a delações levianas⁶¹⁷, o que, conseqüentemente, fortalece a defesa do imputado⁶¹⁸.

614PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**..., p. 208.

615No mesmo sentido, o seguinte excerto de doutrina. “Obviamente não se exige que a corroboração seja apta a provar por si a culpabilidade do imputado ou que coincida perfeitamente com as declarações do coimputado: caso contrário, o aporte cognitivo desse último seria supérfluo.” Traduziu-se do original: “*Non è ovviamente richiesto che i riscontri siano idonei di per sé a provare la colpevolezza dell'imputato o coincidano perfettamente con le dichiarazioni del coimputato: altrimenti, il contributo conoscitivo di quest'ultimo diverrebbe superfluo.*” (CASIRAGHI, Roberta. *La chiamata di correo*..., p. 3)

616Conforme paradigmático julgado do Supremo Tribunal Federal, “enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.” (STF, HC 127.483, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016, p. 21 do inteiro teor do acórdão)

617Na mesma linha, portanto, do condicionamento da adjudicação dos prêmios à efetividade da colaboração, da tipificação de delação mendaz e da perda dos benefícios sem prejuízo do emprego do material probatório já amealhado em caso de quebra do acordo. Ver, acima, item **4.13.1**.

618Congruentemente a isso, já se asseverou que “a regra de corroboração é uma imposição que determina a manutenção da necessidade do processo penal” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**..., p. 217), o que também acarreta uma cabal diferença entre a colaboração

4.13.3 Corroboração cruzada

Nesta etapa chega-se a uma das discussões mais acendradas referentes à exigência de corroboração à delação. Trata-se da possibilidade de que a credibilidade do conteúdo das declarações de um colaborador seja respaldada pela delação de outro(s) colaborador(es) da justiça. Pretende-se chegar a uma resposta a partir da pré-compreensão erigida nos dois itens imediatamente antecedentes.

Assim, é necessário ter em mente que a pressão que o sistema de colaboração estruturado pela lei 12.850/13 impõe sobre o colaborador para que não falte com a verdade (item 4.13.1) é muito maior do que aquela existente sobre as testemunhas. A isso agrega-se a consideração de que qualquer delação passará pelo crivo de exame interno de sua credibilidade (item 4.13.2), antes mesmo de que seu conteúdo seja contrastado com demais provas.

Dessa forma, à partida, analisando-se objetivamente, fica difícil, se não impossível, considerar que uma delação não poderia reforçar a credibilidade de outra porque a palavra do colaborador seria ontologicamente “débil” ou “incerta”. Em verdade, esse argumento desqualificador das declarações do colaborador parecia fazer algum sentido, conforme já escrito acima, no âmbito da colaboração sem acordo escrito e homologado, é dizer, situação em que (1) ausente um explícito dever de veracidade por parte do colaborador e (2) relegada a extensão das sanções premiais à discricionariedade judicial.

De outra banda, vê-se que o texto do artigo 4º, § 16, sem dúvida, impõe a necessidade de que as palavras de um delator sejam respaldadas por outros elementos para que possa fundamentar uma condenação; porém, não positiva uma proibição à corroboração recíproca. Aliás, não faz qualquer exigência quanto à natureza da prova corroboradora.⁶¹⁹

Então, uma vez afastados os argumentos de “defeitos ontológicos” e de suposta vedação *de lege lata*, restaria verificar qual poderia ser o risco processual em se admitir essa hipótese probatória, questão que já foi trabalhada pela doutrina e jurisprudência italianas, vez

premiada e o *plea bargaining*. Ver, acima, tópico 3.1.

⁶¹⁹No mesmo sentido, o que segue. “Não há uma restrição quanto à natureza dos dados confirmativos, podendo se constituir em outras declarações e documentos, ou mesmo em dados objetivos ou fatos confirmados que sirvam para conferir confiabilidade à narrativa do declarante.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**..., p. 207) Também pela possibilidade de que qualquer tipo de prova possa corroborar a delação: FELICE, Valerio De. Inquadramento strutturale e rilievi introduttivi della chiamata di correo..., p. 6.

que, naquele ordenamento, há dispositivo legal semelhante ao ora analisado.⁶²⁰ No debate ocorrido, uma vez constatado que a lei não exigia especificações quanto à natureza da prova de corroboração⁶²¹, restou identificado o risco de que colaboradores combinassem entre si delações falsas.

Sem dúvida, o conluio entre pretensos colaboradores é uma possibilidade, e todos os operadores jurídicos (autoridade policial, membro ministerial, defensores, juiz) envolvidos devem estar atentos para que tal não ocorra. Uma vez identificado qualquer sinal de delações inverídicas combinadas, também denominadas “delações gregárias”, poderá ser reconhecido o rompimento dos acordos de todos os envolvidos, já que configurada a violação ao dever de veracidade, e as palavras dos falsos colaboradores não mais terão qualquer relevância probatória, sem prejuízo do aproveitamento de outros elementos de prova eventualmente produzidos a partir de contraconduta.⁶²²

⁶²⁰Trata-se do código de processo penal italiano, artigo 192, § 3, o qual dispõe: “As declarações feitas pelo coimputado da mesma infração ou pelo imputado em um processo relacionado à norma do artigo 12 [hipóteses de conexão e continência] são avaliadas conjuntamente com outros elementos de prova que confirmam sua confiabilidade.” Traduziu-se do original: “*Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell’art. 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità.*” Destaca-se que a colaboração premiada já era empregada na Itália muito antes da vigência desse dispositivo, o qual foi posteriormente inserido a fim de especificar legalmente o tratamento judicial a ser dado às declarações de colaborador. Com efeito, “devido também à elaboração jurisprudencial majoritária amadurecida na vigência do código revogado, o legislador, com o artigo 192, § 3, inequivocamente atribuiu ao conhecimento do coimputado dignidade de prova.” Traduziu-se do original: “*In virtù anche dell’elaborazione giurisprudenziale maggioritaria maturata in vigenza dell’abrogato codice, il legislatore, con l’art. 192 comma 3 c.p.p., ha inequivocabilmente assegnato al sapere del coimputato dignità di prova.*” (CASIRAGHI, Roberta. *La chiamata di correo...*, p. 1) Não obstante, tal qual acontece atualmente com a lei 12.850/13, artigo 4º, § 16, do ponto de vista legal, ficou aberta a questão sobre a corroboração cruzada.

⁶²¹“Convencido de que o artigo 192 é uma norma nova, qualquer um entende-o literalmente e estipula técnicas combinatórias tais quais inventavam os egrégios imitando magos de um complicado algoritmo: sozinhas, as declarações do coimputado não bastam; têm de ser suplementadas por ‘elementos outros’; e o adjetivo exclui fontes da mesma espécie; duas ou mil, as declarações feitas por coimputados nunca bastam. Sobre a ilusória novidade intervieram as Sezioni Unite [*equiparáveis à Corte Especial do STJ*]: as delações ‘são provas e não indícios’; mas ‘o novo critério [...] ditado pelo artigo 192’ exige ‘corroboração externa’, não sendo ‘predeterminada na espécie e quantidade’, todo material serve. Logo, delações de outros corréus também constituem ‘corroboração externa.’” Traduziu-se do original: “*Convinto che l’art. 192 sia norma nuova, qualcuno lo intende ad litteram e postula tecniche combinatorie quali i Messieurs simulavano posando a maghi d’un complicato algoritmo: sole, le dichiarazioni del coimputato non bastano; vanno integrate da ‘altri elementi’; e l’aggettivo esclude fonti della stessa specie; due o mille, le dichiarazioni rese da coimputati non bastano mai. Sull’illusoria novità interloquiscono le Sezioni Unite: le chiamate del correo ‘sono prove e non indizi’; ma ‘il nuovo criterio... dettato dall’art. 192’ esige ‘riscontri esterni’, non essendo i quali ‘predeterminati nella specie e quantità’, ogni materiale viene utile. Ergo, costituiscono ‘riscontro esterno’ anche le chiamate da altri correi.*” (CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 1119)

⁶²²Ver, acima, tópico 4.11.

Afora a hipótese de combinação espúria, conforme visto acima, não há outros elementos concretos que indiquem a vedação da corroboração cruzada. A maioria da doutrina italiana⁶²³ e a própria *Corte di Cassazione* chegaram à mesma conclusão. Nessa esteira, não há ficcionar-se uma pervasiva conspiração por parte de colaboradores.⁶²⁴ Deve-se, sempre, analisarem-se os dados do caso concreto – que soem ser riquíssimos em sutilezas e peculiaridades – e contrastarem-se as provas colhidas em contraditório, sem que se possa fixar uma regra apriorística – tarifadora – quanto ao peso probatório das declarações dos colaboradores.⁶²⁵

623“A doutrina majoritária sustenta que a delação pode funcionar como corroboração de outra delação (denominada principal). Pode-se compartilhar dessa opinião? Sim, mas tomando-se as precauções adequadas [...]” (IACOBONI, Riccardo. *L'accertamento estrinseco della chiamata...*, p. 32) Adiante serão abordados critérios que concretizam as mencionadas precauções.

624Nesse sentido, partindo-se mesmo do senso comum que desqualificava ontologicamente as delações, asseverou-se que “as várias ‘fraquezas’ probatórias, representadas pela pluralidade de delações, podem também constituir uma força, por meio da regra segundo a qual a convergência da multiplicidade sustenta ou a veracidade das declarações ou a realidade de uma conspiração. E se excluída a primeira hipótese, a segunda exige uma razão, uma causa, ao menos uma suposição a ser verificada. Na ausência dessa verificação, pode-se corretamente afirmar que a delação é amparada externamente.” Traduziu-se do original: “*le varie ‘debolezze’ probatorie, rappresentate dalle plurime chiamate in correità, possono anche costituire una forza, in virtù della regola che la convergenza del molteplice sottende o laverità delle dichiarazioni o la realtà di una congiura. E se si esclude la prima ipotesi, la seconda esige un movente, una causale, almeno una congettura da verificare. In difetto di questa verifica, si può correttamente affermare che la chiamata in correità si sorregge sull’estrinseco.*” (FASSONE, Elvio. *La valutazione delle dichiarazioni del coimputato. Cassazione penale: rivista mensile di giurisprudenza*, Milano: Giuffrè, 1986, p. 1899)

625Disso, conclui-se que o artigo 4º, § 16, não tem qualquer traço de retorno ao sistema legal de prova (também conhecido como sistema tarifário ou da certeza moral do legislador). A lei apenas exclui, do conjunto de provas utilizáveis pelo julgador para embasar sua decisão de mérito, a delação que não restar corroborada. Fenômeno semelhante já ocorria a partir do código de processo penal, artigo 155, cabeça, o qual inutiliza elementos informativos não trabalhados pelo contraditório – salvo impossibilidade de fazê-lo – se desacompanhados de provas produzidas no processo. Assim, não há confundir uma delimitação legal de uso da prova com uma limitação legal à avaliação da prova. Com efeito, os tribunais superiores já assentaram, exemplificativamente, que “no contexto do Estado Democrático de Direito, não há falar em caráter tarifário da prova. Assim, o juízo de certeza que deve embasar a condenação criminal lastreia-se no conjunto probatório.” (STJ, HC 135.326/SP, 6ª Turma, relatora: Maria Thereza de Assis Moura, unanimidade, j. 4/12/2012, publ. 12/12/2012); dito de outro modo, “vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova.” (STF, RHC 91.691, 1ª Turma, relator: Menezes Direito, unanimidade, j. 19/2/2008, publ. 25/4/2008)

Para essa tarefa de avaliação probatória, foram identificados três critérios a servirem como crivo à corroboração cruzada, a fim de evitar o sucesso de delações gregárias⁶²⁶: (1) convergência, (2) independência e (3) especificidade individualizada.

Quanto aos dois primeiros critérios, não é difícil concluir que, uma vez tendo os colaboradores envolvidos tido pouco – ou nenhum – contato entre si, resta baixíssima a probabilidade⁶²⁷ de que tenham ajustado com precisão todas as suas declarações de modo a convergirem essencialmente desde a fase de negociação de seus acordos (e principalmente desde então até a homologação, pois quando há maior sigilo) até suas oitivas nas instruções

626“As oportunas cautelas anteriormente identificadas como instrumento necessário para evitar que delações gregárias sejam produzidas e manipuladas *ex post* com base na principal, foram tomadas pela Cassazione [tribunal de alta instância responsável por garantir a aplicação uniforme da lei italiana] quando encarregou-se de distinguir determinados requisitos que as delações gregárias imprescindivelmente necessitam ter. São eles: a) convergência, b) independência, c) especificidade individualizada. Em outras palavras: o juiz terá de não se limitar a somente avaliar a confiabilidade intrínseca de cada delação, mas terá de também excluir episódios de contaminação das delações gregárias.” Traduziu-se do original: “*Le opportune cautele dianzi individuate quale strumento necessario per evitare che le chiamate gregarie siano create e manipolate ex post sulla base della principale, sono state prese dalla Cassazione allorché si è accinta ad enucleare determinati requisiti che le chiamate gregarie devono indefettibilmente possedere. Questi sono: a) convergenza b) indipendenza c) specificità individualizzante. In altri termini: il giudice non dovrà solo limitarsi a valutare l’attendibilità intrinseca di ciascuna chiamata ma dovrà anche escludere episodi di contaminazione delle chiamate gregarie.*” (IACOBONI, Riccardo. L’accertamento estrinseco della chiamata. ..., p. 32 e 33)

627Iacoviello apresenta um interessante caso hipotético a expor a baixa probabilidade de que uma corroboração cruzada – não fraudulenta, destaca-se – venha a condenar um inocente (IACOVIELLO, Francesco Mauro. La tela del ragno..., p. 3466). Sem pretensão de copiar detalhadamente o citado exemplo, imagine-se que uma organização criminosa disponha de cinco assassinos, fungíveis, para executar suas ordens. Um determinado homicídio a mando dessa organização vem a ser investigado, sendo que só se sabe que houve um único autor direto. Um ex-integrante do grupo, mesmo sem ter certeza de qual dos cinco assassinos efetivou o homicídio, mas objetivando amealhar alguma sanção premial, delata um dos cinco. Esteja o delator enganado ou simplesmente tentando adivinhar, tem-se que a chance de ele nomear corretamente o autor do crime em tela é de 20% (uma em cinco). Se outro delator, nas mesmas condições deste, agir da mesma maneira – seja por equívoco ou por se tratar de mero palpite – também será de 20% (uma em cinco) a probabilidade de delatar o verdadeiro homicida. Nessa linha, tem-se que a chance de uma delação ter o mesmo conteúdo da outra (corroborando-se reciprocamente) é de 4%. Como um dos cinco possíveis delatados foi, de fato, responsável pelo delito, resta que a probabilidade, nesse caso, de que um inocente fosse duplamente indigitado, seria de 3,2%, ou seja, baixíssima. Cada caso concreto, claro, tem suas peculiaridades, e esse exemplo, por óbvio, não tem a pretensão de representar todos. Porém, é suficiente para evidenciar que a sorte não joga a favor do colaborador cujas declarações não se escorem firmemente na verdade.

processuais.⁶²⁸ Dessa forma, deve-se filtrar eventuais oportunidades pretéritas para confabulações, como o compartilhamento da mesma cela quando do cumprimento de prisão cautelar.⁶²⁹

Já a especificidade individualizada diz respeito a qualquer corroboração, é dizer, seja ela realizada por outra delação ou por outro tipo de prova. Nesse sentido, desservem confirmações genéricas de credibilidade da pessoa do colaborador ou mesmo da veracidade de suas declarações consideradas como um todo.⁶³⁰ A corroboração tem de ser individualizada

628No mesmo sentido, o seguinte. “Em tese poderia ser admitido [*mutual corroboration*], desde que as colaborações tenham vindo a conhecimento dos órgãos de acusação de modo independente e em procedimentos separados, em circunstâncias tais em que se excluíssem os riscos de acordos falsos ou de recíprocas interferências entre os colaboradores.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada...**, p. 210)

629Em consonância, detalhando-se mais, já se asseverou que “é necessário assegurar que a declaração não seja fruto de acordos com outros imputados; ou que o magistrado não tenha exercido significativa influência sobre o imputado, ou que quem interroga não tenha induzido o declarante a dizer o que aquele queria ouvir. Para que esse requisito seja concretamente examinável, é necessária uma gestão o mais transparente possível do declarante, o que implica uma separação absoluta entre colaboradores, serem os interrogatórios assinados ou filmados...” Traduziu-se do original: “*Si rende necessario accertare che la dichiarazione non sia frutto di accordi con altri soggetti; o che il magistrato non abbia esercitato una consistente influenza sul soggetto, o che l'interrogante non abbia spinto il propalante a dire ciò che si voleva sentir dire. Per rendere concretamente esaminabile tale requisito è necessaria una gestione il più trasparente possibile del dichiarante, che implica un assoluta separatezza tra pentiti, che gli interrogatori vengano registrati o videoripresi...*” (CRISCUOLO, Irene. *La valutazione della chiamata in correità...*, p. 28 e 29) Concretizando essa exigida transparência, dispõe a lei 12.850/13, artigo 4º, § 13: “Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.” Com efeito, a maior fidelidade do registro das informações serve para expungir eventuais dúvidas relativas tanto à avaliação de material probatório que fundamentará decisões de mérito – condenatórias ou absolutórias – referentes a outros imputados, como à avaliação da efetividade da colaboração prestada.

630No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório da delação premiada..., p. 28. Em harmonia com essas posições e, ao mesmo tempo, com o item imediatamente precedente, **4.13.2**, já se afirmou que “uma corroboração não individualizada serviria somente para aumentar a credibilidade do declarante. Mas é precisamente essa que – por vontade da lei – não basta por si, já que é a própria lei que impõe a necessidade de corroboração.” Traduziu-se do original: “*Un riscontro non individualizzante servirebbe solo ad accrescere la credibilità del dichiarante. Ma è proprio questa che – per volontà della legge – non basta da sola, se è la stessa legge ad imporre in aggiunta la necessità del riscontro.*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La tela del ragno...*, p. 3461)

e específica, ou seja, tem de sustentar a vinculação inferencial entre o delatado e a infração objeto da persecução.⁶³¹ A isso também se denomina corroboração “analítica”, diferenciando-a da “sintética”.⁶³²

Escrutinada a corroboração cruzada por meio desses três critérios, não há por que negar sua validade no bojo do ordenamento brasileiro. Os tribunais superiores, até agora, não foram provocados a decidir especificamente sobre a questão. De qualquer modo, já se pode encontrar referências ao tema feitas – salvo melhor juízo, em *obiter dictum* – pelos ministros Dias Toffoli e Celso de Mello⁶³³, bem como algumas decisões unipessoais desse último⁶³⁴,

631Explicado com outras palavras, mas em total consonância: “tais elementos de suporte serão ‘individualizados’ quando – sendo de qualquer tipo e natureza, mesmo de ordem puramente lógica – concernirem diretamente à pessoa do delatado com relação específica às infrações imputadas a ele: ou seja, corroboração necessariamente caracterizada por elementos fáticos diretamente referentes ao inculpado e a sua conduta, que amparem objetivamente as declarações, com elementos específicos e concretos – em termos de fato ou de conduta – idôneos, portanto, para historicizar a acusação.” Traduziu-se do original: “*tali elementi di supporto saranno ‘individualizzanti’ allorché – siano essi di qualsiasi tipo e natura, anche di ordine puramente logico – riguardino direttamente la persona dell’incolpato con specifica relazione ai reati ad esso addebitati: ovvero, riscontri necessariamente caratterizzati da elementi fattuali direttamente riferibili all’incolpato ed alla sua condotta, che suffraghino oggettivamente le dichiarazioni, con elementi specifici e concreti – in termini di fatto o di condotta – idonei, pertanto, a storicizzare l’accusa [Cass., Sez. VI, 14 febbraio 1997, n. 665].*” (BERARDINO, Francesca Di. La chiamata di correo nel procedimento de libertate. **Archivio Penale**, 2014, p. 40 e 41. Disponível em: <<http://www.archiviopenale.it>> Acesso em: 4 nov. 2018) No mesmo sentido: CASIRAGHI, Roberta. La chiamata di correo..., p. 4. IACOVIELLO, Francesco Mauro. La tela del ragno..., p. 3464.

632“Em relação ao objeto de corroboração, questionou-se se seria possível uma verificação da confiabilidade global da delação, ou melhor, se se impõe como necessária uma confirmação mais pontual. De fato, duas são as possíveis modalidades de confirmação que incidem sobre o objeto da mesma: a) analítica, b) sintética. Conforme a primeira modalidade – a analítica – os outros elementos de prova têm de concernir a fatos que afetem diretamente o delatado em relação ao fato que se quer contestar, e que sejam capazes – em um juízo probabilístico e, portanto, prognóstico – de reputar fundadas as acusações em seu desfavor. Portanto, tal corroboração, denominada individualizada, tem de conectar o delatado ao fato que lhe é imputado. Segundo a outra modalidade, a sintética, o objeto de corroboração é, simplesmente, a declaração acusatória como um todo.” Traduziu-se do original: “*In relazione all’oggetto del riscontro ci si chiedeva se fosse possibile una verifica sulla attendibilità complessiva della chiamata, ovvero, se si imponesse come necessario un accertamento più puntuale. Due, infatti, sono le possibili modalità di accertamento che incidono poi su quello che è l’oggetto del medesimo: a) analitica b) sintetica. Seguendo la prima modalità – ossia quella analitica – gli altri elementi di prova debbono riguardare fatti che interessano in via diretta la persona del chiamato in relazione [sic] al fatto che gli si vuole contestare e che siano in grado, in un giudizio probabilistico, dunque prognostico, idonei a far ritenere fondate le accuse mosse a suo carico. Dunque, tale riscontro c.d. individualizzante deve collegare il chiamato al fatto attribuitogli. Secondo l’altra modalità, quella sintetica, l’oggetto del riscontro è, appunto, la dichiarazione accusatoria nel suo complesso.*” (IACOBONI, Riccardo. L’accertamento estrinseco della chiamata..., p. 31)

633Ver, por exemplo, HC 127.483 e Pet 7.074 QO.

634Ver, por exemplo, HC 144.652 MC, Pet 5.700 e MS 34.831 MC.

sendo tais manifestações pela impossibilidade da corroboração recíproca. Não obstante, de se notar que todas baseiam-se em uma única e igual origem doutrinária a fundamentar tal posição.⁶³⁵

Note-se que se reconhece explicitamente, no próprio texto doutrinário tomado como fonte para vedar a corroboração cruzada, que a lei brasileira não determina restrição alguma quanto à espécie da prova de corroboração, restando necessário apelar para supostos atributos ontológicos desqualificadores da delação a fim de invalidar a corroboração recíproca.⁶³⁶ Isso é constatável em todas as seguintes expressões: “descrédito valorativo”, “fonte impura”, “*quid minus* ontológico”, “categoria inferior”, “debilidade”.⁶³⁷

Porém, conforme expôs-se anteriormente, o fato de o legislador ter tomado a precaução de exigir maior confiabilidade quanto ao conteúdo das declarações do colaborador não significa que tarifou o peso desse meio de prova. Até porque provas não têm pesos *a priori*, sendo que apenas o cotejo delas entre si, em cada caso concreto, resultará um juízo de

635Transcreve-se o texto da mencionada fonte. “A lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação. Em princípio, portanto, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas... Mas, uma questão interessante é se serão suficientes para justificar uma condenação duas ou mais delações com conteúdos concordes. É o que se denomina *mutual corroboration* ou corroboração cruzada. Ou seja, o conteúdo da delação do corréu *A*, imputando um fato criminoso ao corréu *B*, ser corroborado por outra delação, do corréu *C*, que igualmente atribua o mesmo fato criminoso a *B*. Cabe observar que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada ‘impura’, o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho. Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostenta a mesma debilidade ou inferioridade?” (BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório da delação premiada..., p. 28)

636O mesmo é notado em outro trecho de doutrina, o qual afirma que “parece claro que a fragilidade da prova produzida em razão de um acordo premial *não decorre da inconfiabilidade de ‘um’ delator, mas, em realidade, das inconsistências e aporias do próprio instituto da colaboração premiada.*” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 227, destaques originais) Interessante ressaltar que a isso segue referência a obra de Gustavo Badaró – cujo texto foi transcrito em nota acima – e a votos do ministro Celso de Mello, o qual embasa sua posição no mesmo autor. A fonte – e, portanto, o fundamento também – sempre se repete.

637Também na doutrina minoritária italiana, a qual não foi abrigada pela jurisprudência da *Corte di Cassazione*, fundamenta-se a vedação da corroboração cruzada argumentando-se que a palavra do colaborador sofre de uma “falha genética” (CASIRAGHI, Roberta. *La chiamata di correo...*, p. 11), de modo que as declarações de colaboradores seriam aprioristicamente inúteis, independentemente do resultado advindo do conjunto dos elementos probatórios contrastados, para ensejar uma decisão condenatória. Não obstante, destaca-se que, na Itália, o colaborador, para fazer jus a essa qualificação, não tem de optar por não exercer o direito ao silêncio – é dizer, não assume o dever de comunicar a verdade sem reservas – diferentemente do que ocorre no bojo da lei 12.850/13 (ver, acima, tópico 4.12). Desse modo, naquele país, uma vez que o colaborador não tem de confessar sua participação nos fatos nem assume expressamente o dever de não faltar com a verdade (via comissão ou omissão), até faria algum sentido supor uma fragilidade probatória “genética” nas suas declarações. E, mesmo assim, é assente a validade da corroboração cruzada na Itália. Portanto, querer vedá-la no ordenamento brasileiro, em que vigem todas as cautelas da lei 12.850/13, mostra-se realmente exagerado.

veracidade.⁶³⁸ Precisamente nesse cotejo poderá ser realizada a verificação dos três critérios já empregados pela jurisprudência italiana, de modo que a corroboração cruzada pode afigurar-se, também dentro do ordenamento jurídico brasileiro, suficientemente segura e plenamente válida.

638 Nas palavras de Iacoviello, trata-se de “regra fundamental da lógica probatória no processo: toda informação probatória, para ter significado, tem de estar enquadrada em uma hipótese. Do contrário – diria Quintiliano – lançamos setas sem termos um alvo.” Traduziu-se do original: “*regola fondamentale della logica della prova nel processo: ogni informazione probatoria, per avere significato, deve essere inquadrata in una ipotesi. Altrimenti – direbbe Quintiliano – lanciamo frecce senza avere un bersaglio.*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La tela del ragno...*, p. 3463) Agrega-se a isso que “a força da prova jamais pode ser estabelecida em abstrato”, pois “depende não só da formulação de hipóteses, mas de testes que só podem ser executados no caso concreto.” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 225) Portanto, “não se pesa a prova, mas sim a hipótese diante de toda a evidência disponível ao indivíduo – noção que representa um bem-vindo giro copernicano na análise da prova, o qual nos permite melhor compreender o processo de sua valoração.” (Ibidem)

5 CONCLUSÃO

Argumentos emotivistas, em que pese a serem pervasivos na doutrina quando abordada a colaboração premiada, não têm capacidade de auxiliar o operador do direito na aplicação do instituto, vez que visam meramente influenciar suas emoções, não elucidar objetivamente o funcionamento daquele meio de obtenção de prova. Diferentemente, a análise econômica do direito revela o mecanismo fático por trás da funcionalidade da colaboração premiada, restando patente a necessidade de o poder judiciário não ferir a consensualidade das partes negociais para que essa técnica não perca todo o seu potencial investigativo. Para além dessas constatações basilares, mas sem delas se afastar, a partir da análise da regulamentação à colaboração premiada positivada pela lei 12.850/13, fixam-se as seguintes conclusões.

A atividade judicial ocorre em dois momentos distintos: primeiramente, na homologação do acordo, há um juízo “formal” quanto às suas cláusulas, é dizer, verifica-se sua validade à luz dos critérios de voluntariedade, legalidade e regularidade; posteriormente, julga-se a efetividade da conduta colaborativa, ou seja, sua contribuição probatória à persecução penal (juízo “de mérito”). Desse modo, o colaborador é incentivado a realizar uma contraconduta veraz, eficiente e eficaz, porquanto confia que, se colaborar efetivamente, obterá redução – ou exclusão – da punição conforme pactuado.

A voluntariedade do imputado que pretende colaborar é protegida desde a fase de negociações, inclusive sendo expressamente um elemento de validade do acordo de colaboração. Com efeito, não haverá cooperação se o imputado, ou qualquer parte negocial, não quiser encetá-la. O deferimento das sanções premiaias pactuadas é direito subjetivo do colaborador que desempenha efetivamente a contraconduta; mas a celebração de acordo de colaboração não o é, pois depende de um juízo de conveniência e oportunidade do estado-investigador.

A restrição da liberdade física do indivíduo – seja por custódia cautelar, seja por execução de pena – não configura ausência de voluntariedade para celebrar acordo de colaboração. Entender diferentemente implicaria privar o indivíduo em tal situação de uma importante oportunidade de melhorar sua situação face a sanções penais potenciais ou mesmo em vigor, é dizer, extirparia um importante instrumento da sua ampla defesa.

A confissão como pressuposto para a colaboração enseja que a persecução penal receba informações mais fidedignas (oriundas de quem realmente participou dos fatos

carreados), bem como tutela a liberdade de eventuais delatados, pois consubstancia-se forte desincentivo a delações irresponsáveis. De qualquer modo, a confissão nunca é um dever – menos ainda uma proibição – por parte de quem pretende colaborar. No máximo, a opção pelo não do exercício do direito ao silêncio é um ônus a ser suportado por quem escolhe pleitear sanções premiaias via colaboração com a justiça.

Devido à consensualidade inerente à cooperação, o estado-juiz não pode substituir a vontade de quem celebra o negócio jurídico, seja impondo determinada tarefa ao colaborador, seja orientando a atividade investigatória dos agentes estatais. Com efeito, a vontade das partes negociais, enquanto fulcro da colaboração, não pode ser menosprezada pelo poder judiciário, pelo contrário: este tem o dever de protegê-la. Isso implica tanto não intervir criativamente no acordo como concretizar a segurança jurídica das partes negociais face ao que homologado.

Tanto o ministério público como a polícia judiciária poderão realizar acordo de colaboração premiada com o imputado, o que ressalta o caráter investigatório do instituto. O Supremo Tribunal Federal, muito embora não tenha sido provocado a decidir especificamente sobre a questão, em observância à titularidade da ação penal prevista na constituição, apontou ser necessária, em qualquer hipótese, a concordância do ministério público – unicamente – quanto à promessa de imunidade processual ao colaborador.

Há um escalonamento premial na lei que incentiva a presteza e a profundidade da atividade colaborativa, e a flexibilidade na negociação dos prêmios – acatada em diversas decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal – também visa essas finalidades, além de permitir um melhor ajuste das penas às peculiaridades da situação de cada colaborador. A impossibilidade legal de se premiar ex-líder de organização criminosa com a não denúncia não configura discriminação infundada, vez que a lei não lhe vedou o manejo dessa alternativa de defesa (a colaboração), apenas modulou a premiação máxima a ser pactuada, em observância à maior responsabilidade penal de quem comandava a atividade criminosa.

Uma vez homologado o acordo, o colaborador assume posição que não se confunde com a de testemunha nem com a de comum coimputado. Há deveres específicos com os quais o colaborador arca para alcançar as sanções premiaias; entre eles, o de sempre comunicar verazmente e sem reservas. Isso tanto propicia a persecução penal como reforça o direito de defesa de eventuais delatados.

O estado-investigador não poderá rescindir unilateralmente o acordo de colaboração, pois isso implicaria obter as informações do colaborador e sonegar-lhe as vantagens, instrumentalizando-o ao mesmo tempo em que solapa sua estratégia defensiva. De outra parte, o colaborador sempre poderá cessar a atividade cooperativa, mas, caso faça-o sem o consentimento da outra parte negocial – rompendo, portanto, o negócio jurídico –, todas as informações já prestadas poderão ser usadas na persecução penal também em seu desfavor. Já eventual anulação – situação causada por vício no negócio jurídico – do acordo de colaboração já homologado, poderá ocorrer, mas, em vista da segurança jurídica, somente conforme as exigências da rescisão da coisa julgada segundo o código de processo civil, artigo 966, tal qual assentou o Supremo Tribunal Federal.

A disciplina da lei 12.850/13 pressiona no sentido de contracondutas verazes e eficazes, de modo que a exigência de confissão, a criminalização de declarações mendazes do colaborador e a possibilidade de perda das vantagens prometidas consubstanciam fortes incentivos para que não se façam delações levianas. Isso confere à palavra do colaborador confiabilidade suficiente para que, uma vez corroboradas suas declarações por elementos externos, possam fundamentar uma decisão condenatória, mesmo que os elementos de corroboração não sejam prova “autônoma” (ou “autossuficiente”) do fato imputado ao delatado. Nessa esteira, verificadas a coerência, a independência e a especificidade individualizada, uma condenação pode fundamentar-se em uma delação corroborada por outra.

Por tudo isso, conclui-se que a colaboração premiada é pleiteada pelo imputado para diminuir o impacto da persecução penal na sua liberdade e no seu patrimônio, sendo tutelada a segurança jurídica daquele que confia em um acordo homologado, e, concomitantemente, é utilizada pelo estado-investigador para ensejar persecuções penais que talvez sequer existiriam não fosse pelo emprego da colaboração, sendo que a lei incentiva a todo momento a efetividade (eficiência + eficácia) da contraconduta. Consectariamente, tem-se que a colaboração premiada é tanto um meio de obtenção de prova a serviço da persecução penal como um instrumento de defesa do imputado, é dizer, ela apresenta uma dupla natureza (ou uma dupla instrumentalidade). E é tendo em mente, em cada caso concreto, os princípios constitucionais que regem cada um desses dois aspectos – e as eventuais colisões desses princípios – que o poder judiciário terá de pautar a realização da colaboração premiada quando chamado a decidir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Theorie der Grundrechte**. Sinzheim, BW: Suhrkamp, 1994.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013.

ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração premiada**: o novo paradigma do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2016.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2007.

AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. **Boletim IBCCRIM**, vol. 7, n. 83, p. 5, São Paulo, out. 1999.

_____. **Delação premiada deve ser opção dentro das coordenadas da defesa**. Disponível em: <<https://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/157995257/delacao-premiada-deve-ser-opcao-dentro-das-coordenadas-da-defesa>> Acesso em: 20 mai. 2017.

AZEVEDO, Guilherme. Acordos contra corrupção e cartel de construtoras da Lava Jato recuperam R\$ 11,5 bilhões. **UOL**, 6 mar. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/06/acordos-contracorrupcao-e-cartel-de-construtoras-da-lava-jato-recuperam-r-9-bilhoes.htm>> Acesso em: 1 jun. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada**: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 127-149.

_____. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. **Consulex**, n. 443, p. 26, fev. 2015.

BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. **Boletim IBCCRIM**, vol. 13, n. 159, p. 4, fev. 2006.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Prefácio à 3ª edição. In: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. **Crimes federais**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BERARDINO, Francesca Di. La chiamata di correo nel procedimento de libertate. **Archivio Penale**, 2014. Disponível em: <<http://www.archiviopenale.it/File/Download?codice=025bf943-7e90-42af-8429-245cdacd2693>> Acesso em: 4 nov. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito premial, teorias da pena e a delação premiada**. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 841-860.

BONDOLFI, Sibila. Grandes inquisidores? **SWI swissinfo.ch**, 4 mai. 2018. Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/sociedade/direito-penal_grandes-inquisidores--promotores-su%C3%AD%C3%A7os-est%C3%A3o-autorizados-a-fazer-julgamentos/44087122> Acesso em: 18 nov. 2018.

BOTELHO, Jeferson. **Direito penal premial: delação e colaboração premiadas**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 207-240.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 185-200.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos formados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 122, p. 359, set.-out. 2016.

BRANDT, Ricardo. ‘Classe política à espreita de uma oportunidade para se livrar da prisão’. **Estadão**, 17 jul. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/89610-2/>> Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Decano da força-tarefa deixa Lava Jato atirando contra STF e Congresso. **Estadão**, 25 set. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/decano-da-forca-tarefa-deixa-lava-jato-atirando-contrastf-e-congresso/>> Acesso em: 25 set. 2018.

_____; MACEDO, Fausto. Efeito ‘Joesley’ levará a ‘avalanche’ de delações, diz Lava Jato. **Estadão**, 5 jun. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,efeito-joesley-levara-a-avalanche-de-delacoes-diz-lava-jato,70001826261>> Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 1 set. 2017.

_____. **Decreto n. 5.015**, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 1 set. 2017.

_____. **Decreto-lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 1 set. 2017.

_____. **Decreto-lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 1 set. 2017.

_____. **Lei n. 8.038**, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm> Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Lei n. 9.034**, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm> Acesso em: 1 set. 2017.

_____. **Lei n. 9.296/96**, de 13 de julho de 1999. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm> Acesso em: 1 set. 2017.

_____. **Lei n. 9.613/98**, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19613.htm> Acesso em: 28 jun. 2018.

_____. **Lei n. 9.807**, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm> Acesso em: 1 set. 2017.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 1 set. 2017.

_____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. **Lei n. 10.409**, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm> Acesso em: 17 out. 2018.

_____. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. **Lei n. 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 1 set. 2017.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.508**, Tribunal Pleno, relator: Marco Aurélio, maioria, j. 20/6/2018, DJE nº 125, divulgado em 22/6/2018, inteiro teor ainda não disponibilizado.

_____. **HC 94.034**, 1ª Turma, relatora: Cármen Lúcia, maioria, j. 10/6/2008, publ. 5/9/2008.

_____. **HC 99.736**, 1ª Turma, relator: Ayres Britto, maioria, j. 27/4/2010, publ. 21/5/2010.

_____. **HC 127.483**, Tribunal Pleno, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 27/8/2015, publ. 4/2/2016.

_____. **HC 129.877**, 1ª Turma, relator: Marco Aurélio, unanimidade, j. 18/4/2017, publ. 1/8/2017.

_____. **HC 138.207**, 2ª Turma, relator: Edson Fachin, unanimidade, j. 25/04/2017, publ. 28/6/2017.

_____. **HC 144.652 MC**, decisão unipessoal, relator: Celso de Mello, j. 12/6/2017, publ. 16/6/2017.

_____. **Inq 3.979**, 2ª Turma, relator: Teori Zavascki, unanimidade, j. 27/9/2016, publ. 16/12/2016.

_____. **Inq 3.983**, Tribunal Pleno, relator: Teori Zavascki, maioria, j. 3/3/2016, publ. 12/5/2016.

_____. **Inq 4.405 AgR**, 1ª Turma, relator: Roberto Barroso, unanimidade, j. 27/2/2018, publ. 5/4/2018.

_____. **MS 33.278**, decisão unipessoal, relator: Roberto Barroso, j. 18/11/2014, publ. 20/11/2014

_____. **MS 34.831 MC**, decisão unipessoal, relator: Celso de Mello, j. 4/8/2017, publ. 9/8/2017.

_____. **Pet 5.245**, decisão unipessoal, relator: Teori Zavascki, j. 17/12/2015, publ. 1/2/2016.

_____. **Pet 5.700**, decisão unipessoal, relator: Celso de Mello, j. 22/9/2015, publ. 24/9/2015.

_____. **Pet 5.885 AgR**, 2ª Turma, relator: Teori Zavascki, unanimidade, j. 5/4/2016, publ. 26/4/2016.

_____. **Pet 6.714 AgR-segundo**, 2ª Turma, relator: Edson Fachin, unanimidade, j. 15/9/2017, publ. 27/9/2017.

_____. **Pet 7.074 QO**, Tribunal Pleno, relator: Edson Fachin, maioria, j. 29/6/2017, publ. 3/5/2018.

_____. **Rcl 21.258 AgR**, 2ª Turma, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 15/3/2016, publ. 20/4/2016.

_____. **RE 213.937**, 1ª Turma, relator: Ilmar Galvão, unanimidade, j. 26/3/1999, publ. 25/6/1999.

_____. **RE 593.727**, Tribunal Pleno, relator: Cezar Peluso, relator para o acórdão: Gilmar Mendes, maioria, j. 14/5/2015, publ. 8/9/2015.

_____. **RHC 91.691**, 1ª Turma, relator: Menezes Direito, unanimidade, j. 19/2/2008, publ. 25/4/2008

_____. **RHC 133.719 AgR**, 2ª Turma, relator: Dias Toffoli, unanimidade, j. 2/5/2017, publ. 16/5/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **APn 843/DF**, Corte Especial, relator: Herman Benjamin, unanimidade, j. 6/12/2017, publ. 1/2/2018.

_____. **HC 135.326/SP**, 6ª Turma, relatora: Maria Thereza de Assis Moura, unanimidade, j. 4/12/2012, publ. 12/12/2012.

_____. **HC 354.800/AP**, 5ª Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca, unanimidade, j. 19/9/2017, publ. 26/9/2017.

_____. **HC 416.795/SP**, 6ª Turma, relator: Sebastião Reis Júnior, relator para o acórdão: Rogerio Schietti Cruz, por maioria, j. 21/9/2017, publ. 13/10/2017.

_____. **Rcl 31.629/PR**, Corte Especial, relatora: Nancy Andrichi, unanimidade, j. 20/9/2017, publ. 28/9/2017.

_____. **REsp 1.691.901/RS**, 6ª Turma, relator: Sebastião Reis Júnior, unanimidade, j. 26/9/2017, publ. 9/10/2017.

_____. **RHC 68.542/SP**, 6ª Turma, relatora: Maria Thereza de Assis Moura, unanimidade, j. 19/4/2016, publ. 3/5/2016.

_____. **RHC 69.988/RJ**, 5ª Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca, unanimidade, j. 25/10/2016, publ. 7/11/2016.

_____. **RHC 75.856/SP**, 6ª Turma, relator: Nefi Cordeiro, unanimidade, j. 6/12/2016, publ. 16/12/2016.

_____. **RHC 76.026/RS**, 5ª Turma, relator: Felix Fischer, unanimidade, j. 6/10/2016, publ. 11/10/2016.

_____. **RHC 94.762/CE**, 5ª Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca, unanimidade, j. 22/5/2018, publ. 30/5/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ACR 0012317-23.2006.4.04.7000**, 7ª Turma, relatora: Salise Sanchotene, unanimidade, j. 4/12/2018.

_____. **ACR 2005.72.00.007063-8**, 8ª Turma, relator: Élcio Pinheiro de Castro, unanimidade, j. 30/8/2006, publ. 6/9/2006.

_____. **ACR 5046512-94.2016.4.04.7000**, 8ª Turma, relator: João Pedro Gebran Neto, unanimidade, j. 24/1/2018, juntado aos autos em 6/2/2018.

BRITO JR, Antônio Wellington. **Comentários à lei 12.850/2013**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CÂMARA, Edson de Arruda. **Delação premiada: moral ou imoral, avanço ou retrocesso?** **Revista Prática Jurídica**, Brasília, ano 4, n. 45, p. 48, dez. 2005.

CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 201-236.

CARVALHO, Cleide; ROXO, Sérgio; DANTAS, Tiago. Palocci sinaliza delação e diz a Moro ter informações para ‘mais um ano de trabalho’ do juiz. **O Globo**, 20 mai. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/palocci-sinaliza-delacao-diz-moro-ter-informacoes-para-mais-um-ano-de-trabalho-do-juiz-21234858>> Acesso em: 19 jun. 2017.

CARVALHO, Daniel. Projetos buscam restringir acordos de delações premiadas. **O Estado de S.Paulo**, 5 mar. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,projetos-buscam-restringir-e-regulamentar-acordos-de-delacoes-premiadas,1000019753>> Acesso em: 20 set. 2017.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

- CASIRAGHI, Roberta. La chiamata di correo: riflessioni in merito alla *mutual corroboration*. **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 1, 7 nov. 2012. Disponível em: <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1352321861CASIRAGHI%202012a.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2018.
- CAVALI, Marcelo Costenaro. **Duas faces da colaboração premiada**: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na lei 12.850/2013. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.
- CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, vol. 37, n. 117, p. 273, mar. 2010.
- CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- COSTA, Fernando José da. Delação premiada uma prova a ser usada com ressalvas. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano 18, n. 426, p. 19, out. 2014.
- COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR, Américo. **Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 63-74.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **Boletim IBCCRIM**, vol. 13, n. 159, p. 7, fev. 2006.
- CRISCUOLO, Irene. La valutazione della chiamata in correità. **Archivio Penale**, 2014. Disponível em: <<http://www.archiviopenale.it/File/Download?codice=025bf943-7e90-42af-8429-245cdacd2693>> Acesso em: 4 nov. 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: comentários à nova lei sobre crime organizado. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- D'AGOSTINO, Rosanne. Instituto vai ao STF para cassar acordo de delação de donos da JBS. **G1, São Paulo**, 22 mai. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/instituto-vai-ao-stf-para-cassar-acordo-de-delacao-de-donos-da-jbs.ghtml>> Acesso em: 1 jun. 2017.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

_____. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOMENICO, Carla. **Com a palavra: o colaborador**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 105-110.

ELY, Débora. Por que a JBS teve mais benefícios no acordo de delação premiada. **Gaúcha ZH**, 23 mai. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/05/por-que-a-jbs-teve-mais-beneficios-no-acordo-de-delacao-premiada-9798554.html>> Acesso em: 9 nov. 2018.

EPSTEIN, Richard A.; BAR-GILL, Oren. Consumer contracts: behavioral economics vs. neoclassical economics. **New York University Law and Economics Working Papers**, Paper 91, 2007.

ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. **Delação premiada de acusado preso**. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). Delação premiada. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 75-90.

ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n. 202, p. 2, set. 2009.

FALCÃO, Márcio; MUNIZ, Mariana. Benefício para delator é só na sentença, dizem ministros: Alexandre de Moraes e Marco Aurélio defendem metodologia diferente da Lava Jato. **JOTA**, 23 mai. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/justica/beneficios-para-delatores-e-na-sentenca-dizem-ministros-23052017>> Acesso em: 1 jun. 2017.

FARIAS, Valdoir Bernardi de. **Delação premiada: constitucionalidade, aplicabilidade e valoração**. In: BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; AMARO, Luciane Drago Amaro (Orgs.). Temas contemporâneos de direito. Passo Fundo, RS: Méritos, 2009, p. 135-158.

FELICE, Valerio De. Inquadramento strutturale e rilievi introduttivi della chiamata di correo. **Archivio Penale**, 2014. Disponível em: <<http://www.archiviopenale.it/File/Download?codice=025bf943-7e90-42af-8429-245cdacd2693>> Acesso em: 4 nov. 2018.

FEROLLA, Guido; FRANCISO NETO, João. **As mazelas da colaboração premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 177-190.

FASSONE, Elvio. *La valutazione delle dichiarazioni del coimputato*. **Cassazione penale**: rivista mensile di giurisprudenza, Milano: Giuffrè, 1986.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**: comentários à lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

FISCHER, Douglas. Apresentação da 3ª edição. In: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

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

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas! **Boletim IBCCRIM**, vol. 13, n. 159, p. 2, fev. 2006.

GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. **Plea-bargaining and prosecution**. In: GAROUPA, Nuno (Org.). *Criminal law and economics*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2009.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo; RODRIGUES, Leonardo Monteiro. **Colaboreis com a verdade e a colaboração vos libertará**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 279-303.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. **Revista Magister de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 7, p. 108, ago.-set. 2005.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. **Fides**, Natal, vol. 6, n. 1, p. 164, jan.-jun. 2015.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. **A delação premiada como fundamento de prisão preventiva**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 91-114.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa: lei n. 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, vol. 1, n. 18, p. 15, jan./jul. 2005.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Déjà vu: diálogos possíveis entre a operação “Mãos Limpas” italiana e a realidade brasileira**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/docs/2016/artigo-rodrigochemim-maoslimpasrealidadebrasileira.pdf>> Acesso em: 24 dez. 2018.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 2, n. 5, p. 55, jan./mar. 1994.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

IACOBONI, Riccardo. L'accertamento estrinseco della chiamata: i riscontri. **Archivio Penale**, 2014. Disponível em: <<http://www.archiviopenale.it/File/Download?codice=025bf943-7e90-42af-8429-245cdacd2693>> Acesso em: 4 nov. 2018.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione. **Cassazione penale**: rivista mensile di giurisprudenza, n. 10, p. 3452, Milano: Giuffrè, 2004.

Índice de Liberdade Econômica 2018, **Gazeta do Povo**. Disponível em: <<https://especiais.gazetadopovo.com.br/economia/ranking-de-liberdade-economica-2018/>> Acesso em: 18 nov. 2018.

JANOT, Rodrigo. “Crimes graves”: sem acordo de delação dos irmãos Batista, país seria ainda mais lesado. **Uol**, 23 mai. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/23/artigo-janot.htm>> Acesso em: 9 nov. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: quais são os limites? **Revista eletrônica de direito processual**, Rio de Janeiro, ano 10, vol. 17, n. 1, jan.-jun. 2016.

_____. **Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 33-40.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Economic analysis of law**. In: AUERBACH, Alan J.; FELDSTEIN, Martin (editores). *Handbook of public economics*. Vol. 3. Elsevier Science B.V., 2002, p. 1661-1784.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics. **California Law Review**, vol. 88, p. 1051, 2000.

LEAL, João José. A Lei nº 10.409/02 e o instituto da delação premiada. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 10, n. 118, p. 2, set. 2002.

LETIERI, Rebeca. JBS: rapidez no acordo de delação e excesso de benefícios geram críticas. **Jornal do Brasil**, 27 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/05/27/jbs-rapidez-no-acordo-de-delacao-e-excesso-de-beneficios-geram-criticas/>> Acesso em: 1 jun. 2017.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Delação para colaborar com a sociedade. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano 9, n. 208, p. 30, set. 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Vol. único. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACEDO, Isabela. Quem são e o que dizem os 238 deputados e senadores investigados no STF. **Congresso em Foco**, 25 jul. 2017. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/quem-sao-e-o-que-dizem-os-238-deputados-e-senadores-investigados-no-stf/>> Acesso em: 26 jun. 2018.

MANKIW, Gregory N. **Principles of microeconomics**. 5ª ed. Mason, OH: Cengage Learning, 2008.

MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática**. Disponível em: <http://www.academia.edu/27495561/A_NEGOCIA%C3%87%C3%83O_DA_COLABORA%C3%87%C3%83O_PREMIADA_E_SUA_PR%C3%81TICA> Acesso em: 4 out. 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação premiada**: uma realidade sem volta. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 241-259.

MARTINS, Jomar. Para força-tarefa, maior ameaça à “lava jato” é o fim da prisão antecipada. **Consultor Jurídico**, 17 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/forca-tarefa-fim-prisao-antecipada-ameaca-lava-jato>> Acesso em: 30 out. 2018.

MARTINS, Ricardo Cunha. A aparente legalidade da delação premiada e a imoralidade legalizada. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 37, ago. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/ricardo_martins.html> Acesso em: 16 dez. 2018.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015.

MATTOS FILHO, J. Maurício C.; URANI, Marcelo Fernandez. **Aspectos críticos da colaboração premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 323-343.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). **Revista Custos Legis**, vol. 4, 2013.

_____. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 53-104.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**: lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

MILHOMENS, Eduardo Bruno Avellar; GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Delação premiada**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 161-176.

MISES, Ludwig von. **Human action**: a treatise on economics. Auburn, AL: Ludwig von Mises Institute, 1998.

- MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor A. A. da Cruz Coutinho, 1871.
- MORAIS, Paulo José Iász de. **A delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro**: a atuação das agências punitivas na elucidação do caso penal. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 365-378.
- MOREIRA, Rômulo. **A delação premiada no Brasil ontem e hoje**: razões jurídicas, éticas e constitucionais pelas quais a repudiamos. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 393-409.
- MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56, jul./set. 2004.
- MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação Premiada**: aspectos jurídicos. 2ª ed. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- PAOLI, Letizia. **Mafia brotherhoods**: organized crime, Italian style. New York: Oxford University Press, 2003.
- PASSARINHO, Nathalia; COSTA, Fabiano. Câmara derruba PEC que tentava limitar o poder de investigação do MP. **G1, em Brasília**, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/camara-derruba-pec-que-tentava-limitar-o-poder-de-investigacao-do-mp.html>> Acesso em: 20 set. 2017.
- PASTRE, Diogo Willian Likes. O instituto da delação premiada no direito processual penal. **Revista IOB de direito penal e processual penal**, ano 9, n. 53, p. 57, dez.-jan. 2008.
- PAULO JUNIOR, José Marinho. A natureza jurídica precariíssima da informação obtida através da delação premiada à luz do direito probatório no estado democrático. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 155, jul. 2006.
- PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- PERON, Isadora; BULLA, Beatriz; PIRES, Breno Pires. STF admite que pode rever termos da delação da JBS. **O Estado de S.Paulo**, 26 mai. 2017. Disponível em:

<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2017/05/ministros-do-stf-admitem-que-podem-rever-delacao-da-jbs-9801001.html>> Acesso em: 20 set. 2017.

PICKER, Randal C. **An introduction to game theory and the law**. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 22, 1994. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=law_and_economics> Acesso em: 19 out. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. **Colaboração premiada**: um negócio jurídico processual? In: ESPÍÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 115-144.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **The theory of public enforcement of law**. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. (editores) *Handbook of law and economics*. Vol. 1. Elsevier B.V., 2007, p. 403-454.

POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**. 5ª ed. New York: Aspen Law and Business, 1998.

_____. **Values and consequences**: an introduction to economic analysis of law. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>> Acesso em: 19 out. 2018.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães; BITENCOURT, Mateus Salles. **Delação premiada**: reflexões no contexto do estado democrático de direito. In: ESPÍÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 191-206.

ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. **A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos**. In: ESPÍÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 345-364.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **Colaboração premiada**: principais questões acerca da competência para homologação. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 151-184.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. El coimputado que colabora con la justicia penal: con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y

- 15/2003. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, n. 7-5, 2005, p. 5:1-5:33. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018.
- SANTIAGO NETO, José de Assis; PENIDO, Flávia Ávila. **A delação premiada em confronto com o processo democrático**. In: ESPÍÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 261-278.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). **Lusíada. Direito**. Lisboa, n. 3, p. 69, Lisboa, 2005.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2ª ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015.
- SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson. **A “troca de favores” entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor**. In: ESPÍÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 15-32.
- SZNICK, Valdir. **Crime organizado: comentários**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997.
- TORNAGHI, Hélio. **Institutas de processo penal**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1967.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Santobello v. New York**, 404 U.S. 257 (1971).
- TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução de Sérgio Fernando Moro. **Revista CEJ**, Brasília, ano 11, n. 37, p. 68, abr./jun. 2007.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- _____. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VERÍSSIMO, Carla. **Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 111-126.

VOGLER, Richard. **Due process**. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (editores). The Oxford handbook of comparative constitutional law. Oxford: Oxford University Press, 2012.