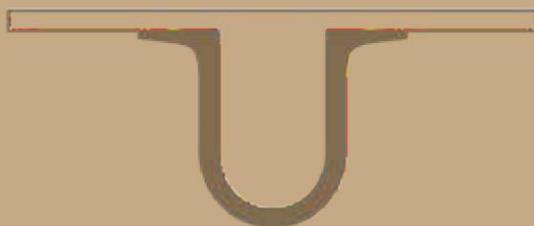




UNIVERSIDADE D  
COIMBRA



Marina Oliveira Teixeira dos Santos

**ENTRE A COLABORAÇÃO PREMIADA E O  
CONSENSO**

QUAL O CAMINHO PARA O FUTURO DO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Menção de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Maio de 2019



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA



Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Marina Oliveira Teixeira dos Santos

**ENTRE A COLABORAÇÃO PREMIADA E O CONSENSO**  
**QUAL O CAMINHO PARA O FUTURO DO DIREITO**  
**PROCESSUAL PENAL?**

Between “colaboração premiada” and consensus: What is the path to the future of Criminal  
Procedure Law?

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º  
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau  
de mestre), na Menção de Ciências Jurídico-  
Criminais.

Orientadora: Professora Doutora Cláudia Maria  
Cruz Santos.

Maio de 2019

Entre a colaboração premiada e o consenso. Qual o caminho para o futuro do Direito Processual Penal?

## Breve nota e agradecimentos

Difícil é, no mundo em que vivemos, marcado por retrocessos, escolher um dentre os vários temas de Direito Penal e Processual Penal. Dentre uma série de acontecimentos recentes, a apresentação ao Congresso Nacional brasileiro do PL 882/2019 proposto pelo atual Ministro da Justiça Sérgio Moro, que prevê – dentre outras - a possibilidade de um *plea bargain*, ou “acordo penal”, entre o Ministério Público e o réu, que permite a aplicação de pena privativa de liberdade reduzida em troca de determinadas condições em crimes de pequena e média gravidade<sup>1</sup>. Uma expansão clara e problemática do já previsto instituto da colaboração premiada, que por si só, e como será estudado nesta oportunidade, já traduz em sérios riscos ao Direito Penal e Processual Penal.

Inspiro-me em Portugal, como deve ser ao fazer um mestrado na mais tradicional Universidade de Coimbra, mas volto-me ao Brasil em busca de um país melhor.

À minha orientadora Cláudia Cruz Santos e aos professores doutores da Universidade de Coimbra.

Aos meus amigos de longa data e aos que chegaram na minha vida em Portugal.

À minha família e, em especial, meus pais sem os quais não seria quem eu sou.

---

<sup>1</sup> Conferir, neste sentido: REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 318, 2019, p.7.

## Resumo

Em um contexto de expansão dos espaços de consenso e diversão em sistemas processuais penais marcados pela legalidade, há o instituto da Colaboração Premiada, conforme instituída na Lei nº 12.850/2013, voltada à criminalidade organizada. Aparentemente essencial à persecução penal dos crimes organizados, mas que, por ser instituída em um sistema legislativo como o brasileiro, à semelhança do português e do europeu continental, gera uma série de problemas que não podem ser minimizados. Destarte, será conduzida uma pesquisa exploratória, baseada em um levantamento bibliográfico e estudo de casos concretos, bem como explicativa, na medida em que se busca integrar as variáveis encontradas. Em um primeiro momento analisar-se-á a colaboração premiada, seu conceito, natureza jurídica, procedimento e consequências penais e processuais penais. Ademais, será analisada sua estrutura legal e aplicação concreta a partir de casos jurisprudenciais ilustrativos tendo em vista os princípios essenciais ao Direito Processual Penal: do *nemo tenetur se ipsum accusare*, da legalidade e/ou obrigatoriedade, do juiz natural ou reserva do juiz e da preferência pelas reações não punitivas. Por fim, será feito um estudo do instituto como forma de consenso – ou como instrumento processual que acaba por se afastar do ideal de consenso em um Estado Democrático e de Direito e suas influências ao futuro do Direito Processual Penal. A partir do estudado reflete-se acerca da importância de, se eminentemente necessária a evolução dos sistemas legislativos no sentido da incorporação de instrumentos de caráter negocial, há de se ter cautela para não desprezarem-se os princípios garantidores de um Devido Processo Legal, assim como dos direitos fundamentais dos arguidos e dos demais sujeitos processuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração Premiada; Direito Penal Consensual; Princípio da legalidade; Princípio da Reserva de Juiz; Preferência pelas reações não punitivas.

## Abstract

In a context of expansion of the space of consensus and diversion in criminal procedural systems marked by legality, there is the Institute of “Colaboração Premiada” (Award-Winning Collaboration) as established in Law N. 12,850 / 2013, focused on organized crime. Apparently essential to the criminal prosecution of organized crime, by being instituted in a legislative system like Brazil’s, similar to Portugal’s and continental European’s system, generates a series of problems that can not be minimized. Thus, an exploratory research will be conducted, based on a bibliographical survey and study of concrete cases, as well as explanatory, in the measure that seeks to integrate the variables found. First, the “Colaboração Premiada”, its concept, legal nature, procedure and penal and procedural consequences will be analyzed. In addition, its legal structure and concrete application will be studied from illustrative jurisprudential cases in view of the essential principles of criminal procedural law: of the *nemo tenetur se ipsum accusare*, of the legality and / or obligatoriness, of the court reserve and preference for non-punitive reactions. Finally, a study of the institute will be made as a form of consensus - or as a procedural instrument that ends up moving away from the ideal of consensus in a Democratic State and of Law and its influences to the future of Criminal Procedural Law. Based on this study, it is important to note that, if the evolution of the legislative systems in order to incorporate negotiating instruments is eminently necessary, care must be taken not to violate the principles of due process of law, as well as of the fundamental rights of the defendants and other procedural subjects.

**KEYWORDS:** Award-Winning Collaboration; Consensual Criminal Law; Principle of Legality; Principle of the Court Reserve; Preference for non-punitive reactions.

## Lista de siglas e abreviaturas

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal brasileiro
CP português	Código Penal Português
CPP	Código Processual Penal Brasileiro
CPP português	Código Processual Penal Português
CRP	Constituição da República Portuguesa
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
Pronasci	Programa Nacional de Segurança e Cidadania

# Índice

Breve nota e agradecimentos .....	3
Resumo .....	4
Abstract.....	5
Lista de siglas e abreviaturas .....	6
Índice .....	7
Introdução .....	8
1. A colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013.....	13
1.1. Conceito.....	13
1.2. Natureza Jurídica .....	19
1.3. Procedimento .....	23
1.4. Consequências jurídico-penais e processuais penais da colaboração premiada .....	38
2. Uma forma de colaboração que suscita problemas específicos .....	50
2.1. Princípio do <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> .....	51
2.2. Princípio da legalidade e/ou obrigatoriedade .....	54
2.3. Princípio da reserva de juiz ou do juiz natural .....	68
2.4. Princípio da preferência pelas reações não punitivas: um passo errôneo em direção à punitividade.....	79
3. O mito do consenso e a não renúncia aos direitos fundamentais.....	87
Conclusão.....	99
Bibliografia .....	105
Jurisprudência .....	117

# Introdução

“Poucos examinaram e combateram as irregularidades das penas e a irregularidade dos procedimentos criminais (...) pouquíssimos foram os que, remontando-se aos princípios gerais, invalidaram os erros acumulados por séculos, freando, ao menos, apenas com a força que têm as verdades conhecidas, o curso demasiado livre do poder mal dirigido, o qual deu, até o momento, um vasto e autorizado exemplo de fria atrocidade” (Cesare Beccaria<sup>2</sup>)

Como apontado por Roxin a respeito da Alemanha, apesar de aplicável ao sistema jurídico continental europeu em geral (e, mais especificamente, aos casos português, italiano e espanhol) e também ao brasileiro, há um movimento de “desformalização” a partir de inovações legislativas e desenvolvimentos extralegais que substituí as “apertadas regras do processo penal alemão por um processo orientado para um entendimento entre os sujeitos processuais”, o qual passa a valer, mais que para a pequena e média criminalidade, para a grande criminalidade a partir da possibilidade de acordos entre o arguido e o órgão acusador que abrem espaços no sistema de legalidade<sup>3</sup>.

Assim, há uma transformação que não escapa ao Direito Processual Penal, referente ao progresso da negociação nas sociedades contemporâneas, “a ponto de o consenso aparecer como emblemático da pós-modernidade jurídica [ na medida em que] o acordo ilustra plenamente a passagem de um direito imposto pelo poder da autoridade para um direito assente no acordo de vontades”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora Pillares, 2013, p.26.

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual alemão. In: MONTE, Mário Ferreira (org) et al. *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.389.

<sup>4</sup> SILVA, Germano Marques. Plea Bargaining e acordos sobre a sentença. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 28, n. 1, 2018, p.97.

É justamente neste contexto que se dá mais discricionariedade ao Ministério Público e são abertas às portas ao princípio da oportunidade<sup>5</sup>, de tradição anglo-saxônica, a fim de flexibilizar o princípio da legalidade. Para, assim como apontado por Pedro Caeiro, “buscar as soluções que permitam uma otimização dos interesses subjacentes à diversão (intervenção mínima, não-estigmatização do agente, economia processual), sem que, com isso, sejam prejudicadas “as exigências de prevenção e a defesa de bens jurídicos, queridas pelo povo e plasmadas nas Leis da República”<sup>6</sup>.

Entrementes, se inicialmente a flexibilização do princípio da legalidade podia ser percebida como de todo – ou a menos em sua maior parte – como positiva, por serem baseadas, via de regra, na aproximação dos sujeitos processuais e no afastamento da pena privativa de liberdade nos casos de pequena e média criminalidade; agora, com uma abertura ainda maior à oportunidade, passam a vigorar cada vez mais soluções baseadas no consenso – mas que atingem uma verdadeira negociação – e que também passam a incluir a aplicação de penas privativas de liberdade<sup>7</sup>.

Escapando, por conseguinte, da noção inicialmente conseguida com as aberturas de espaço de oportunidade por meio de institutos como o processo sumaríssimo, o arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo<sup>8</sup> em

---

<sup>5</sup> Conferir também: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p.131.

<sup>6</sup> CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, n. 84, 2000, p.47.

<sup>7</sup> Desta maneira, fugimos inclusive da proposta inicial quanto a estes modelos de diversão e consenso, como a dada por Anabela Miranda Rodrigues ao colocar que deveríamos retornar à “concepção básica que a pena de liberdade constitui a *ultima ratio* da política-criminal e deve ficar reservada, assim para a criminalidade mais grave”, de modo a se abrirem espaços para a oportunidade por meio de regimes processuais diferenciados, “soluções diferenciadas, céleres e consensuais” para os domínios da pequena e média criminalidade, deixando, entretanto, o processo penal regular e sancionador para os casos de grande criminalidade, nomeadamente a organizada (RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – Novos desafios, velhos rumos. In: ANDRADE, Manuel da Costa (org) et al. *Liber Disciolorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.227-228).

<sup>8</sup> De modo geral e sem retratar as peculiaridades de cada instituto temos que: o processo sumaríssimo é previsto nos artigos 392º e seguintes do Código de Processo Penal português e é medida pela qual o Ministério Público, nos crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos ou apenas com multa, se entender desnecessária a prisão, propõe desde logo uma sanção a ser aplicada e uma quantia a atribuir à título de reparação, proposta que deverá ser aceita pelo juiz e pelo arguido (podendo também ser de iniciativa do próprio arguido) (FIDALGO, Sônia. O processo sumaríssimo na revisão do Código de Processo Penal. *Revista do CEJ*, v.1, n.9, 2008, p.299). O arquivamento do processo em caso de dispensa de pena (artigo 307º CPP português) permite ao juiz, até o fim da fase de instrução e antes do despacho de pronúncia do arguido, arquivar o processo se verificados os pressupostos da dispensa de pena e se houver anuência por parte do

Portugal e, no caso brasileiro, a transação penal e a suspensão condicional do processo<sup>9</sup>. Isto porque nestes, como bem aponta Manuel da Costa da Andrade sobre os casos da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo, que se tratam de

institucionalizar uma reação contrafáctica à frustração do comportamento desviante evitando-se, num caso, a condenação e, em ambos, a audiência de julgamento, reconhecidamente a cerimônia degradante mais amplificadora das sequelas da estigmatização<sup>10:11</sup>.

Desta forma a relevância de estudarmos o instituto da colaboração premiada, previsto no corpo processual penal brasileiro a partir da vigência da lei nº 12.850/2013, como um resultado de uma evolução legislativa no sentido da permissão de acordos entre o Ministério Público e o réu no âmbito de criminalidade grave<sup>12</sup>, assim como ponto de partida para mais evoluções no Direito Processual Penal brasileiro (e, quicá, no

---

arguido, assim, será atribuída culpa ao agente sem, contudo, estar fixada uma pena em concreto (REIS, Célia. Os efeitos do arquivamento em caso de dispensa de pena. In: MENDES, Paulo (org) et al. *Questões avulsas de processo penal*. Lisboa: Associação Académica Faculdade de Direito Lisboa, 2000, p.37). E, por fim, a suspensão provisória do processo, prevista no artigo 281º do CPP português, aplicável em crimes cuja pena seja diferente de prisão ou não seja superior a 05 anos de prisão, poderá ser aplicado pelo Ministério Público, de ofício, ou a pedido do arguido ou do assistente; havendo, então, desde que sem a oposição de nenhuma das partes anteriores ou do juiz, a suspensão provisória do processo com a imposição do cumprimento de injunção ou regras de conduta que realizem as exigências de prevenção e ressocialização (CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro. Os Acordos sobre a sentença em processo penal: um novo consenso no direito processual penal. Dissertação do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais: Universidade de Coimbra, 2013, p. 22-25).

<sup>9</sup> Ambos previstos na Lei nº 9.099/2005: a transação penal está disposta no artigo 76º, a partir da qual pode o Ministério Público, em crimes cuja pena máxima foi inferior ou igual à 02 anos, propor aplicação de pena de multa ou restritiva de direitos ao réu que, após sua aceitação e homologação pelo juiz, contará como sentença recorrível e executável que não importará em reincidência nem valerá como antecedentes criminais (apesar de impedir a concessão do mesmo benefício no prazo de 05 anos). Por sua vez, a suspensão condicional do processo (artigo 89º) está prevista nos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano e sejam cumpridos os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (além do fato do acusado não estar sendo processado nem ter sido acusado por outro crime), nos quais poderá o MP propor a suspensão condicional do processo por dois a quatro anos, desde que o réu cumpra certas condições durante um “período de prova”, ao fim do qual será declarada extinta a punibilidade (ULIANO, Beatriz Corrêa Elias. Suspensão condicional do processo e princípio da presunção de inocência. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n.29, 2010, p.35).

<sup>10</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, p.332.

<sup>11</sup> E estando, talvez, muito mais próximos à noção dada por Figueiredo Dias de que “poder discricionário não é sinônimo de arbítrio, mas concessão de uma faculdade que deve ser utilizada em direção ao fim que a própria lei teve em vista ao concedê-la” (DIAS, 2004, p.131-135).

<sup>12</sup> Como melhor será desenvolvido ao tratarmos do conceito deste instituto.

português<sup>13</sup>) no sentido da abertura desta oportunidade ao Ministério Público e ampliação das negociações em torno da pena criminal.

Em termos introdutórios define-se a colaboração premiada – também nomeada pela doutrina e parte da jurisprudência como delação premiada, como um

simples depoimento, prestado à autoridade, que será considerado, inclusive sob o ângulo das consequências, na hora devida, pelo órgão julgador, para fins de reconhecimento de benefícios, descritos na Lei. Transparece como confissão qualificada pelas informações que podem levar a resultados – também previstos na lei – [como] a identificação dos demais coautores<sup>14</sup>.

É instrumento processual visto por muitos como uma positiva evolução legislativa, ao garantir a persecução penal da criminalidade eminentemente organizada, na qual haveria uma enorme dificuldade investigativa, de um modo legal – ou seja, justamente por estar positivada no corpo legislativo brasileiro. Entrementes, e como hipótese da presente pesquisa, a colaboração premiada deve ser estudada a partir de determinados princípios constitucionais e de base ao processo penal para poder ser entendida a forma como se aproxima (ou se afasta) de um ideal de consenso no Direito Processual Penal.

Para tanto, realizar-se-á uma pesquisa exploratória, a partir do levantamento bibliográfico e estudo de casos concretos como base para ilustrar os conceitos analisados e as hipóteses levantadas, assim como explicativa na medida em que se busca integrar as variáveis encontradas a partir do levantamento bibliográfico e da análise da realidade<sup>15</sup> em

---

<sup>13</sup> Sobre este tema mais será tratado ao decorrer do trabalho. No entanto, conferir: ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes; NEVES, José Francisco. Uma proposta de justiça negociada. *Revista do CEJ*, v. XI, p.109-223; e SANTOS, Cláudia Cruz. Decisão Penal Negociada. *Julgar*, n.25, 2015, p.144-160.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508*. Ministro Relator Marco Aurélio. 25 jun. 2018. Dje 26 jun. 2018.

<sup>15</sup> Clareamos que o estudo de casos feito ao longo do trabalho não parte de uma metodologia de pesquisa jurisprudencial. Assim, não fazemos um levantamento de todos os casos de colaboração premiada no Brasil, em alguma região específica ou ainda derivados de algum caso em concreto, mas sim fazemos uma análise casuística dos julgados conforme tratam ou não do item analisado. Não dispensamos, entrementes, a necessidade de uma pesquisa jurisprudencial mais ampla em termos de metodologia de pesquisa empírica em direito, entrementes, em razão do foco do trabalho ser analisar o procedimento do instituto e sua relação com princípios básicos do processo penal na tentativa de responder à hipótese colocada, entendemos não ser factível compatibilizar com uma pesquisa jurisprudencial completa em termos metodológicos.

torno da hipótese levantada, qual seja, a relação entre o consenso e a colaboração premiada e qual a perspectiva do Direito Processual Penal frente a este instituto.

Iniciar-se-á com um panorama geral sobre a colaboração premiada, com o qual procuraremos dissertar sobre o seu conceito, sua natureza jurídica – em termos penais e processuais penais, seu procedimento consoante os ditames da Lei nº 12.850/2013 e, por fim, as consequências jurídico-penais e processuais penais de sua aplicação.

Em um segundo momento serão analisados os princípios estruturantes do processo penal brasileiro (e também do português, sempre como elemento comparativo) que sofrem limitações graves seja pela própria estrutura normativa da colaboração premiada, seja por sua aplicação concreta nos casos brasileiros. Desta forma, serão respectivamente estudados os princípios do *nemo tenetur se ipsum accusare*, da legalidade (em seu sentido de vigência da norma e persecução obrigatória da ação penal por parte do Ministério Público), do juiz natural ou da reserva de juiz e da preferência pelas reações não punitivas<sup>16</sup>.

Por conseguinte, e a partir do discutido anteriormente, será tratada a hipótese central desta pesquisa, ou seja, de que maneira a colaboração premiada se torna um mito de consenso e como este fato pode vir a afetar o futuro do Direito Processual Penal. Já que, sem que se atente a estas conclusões tenderemos a uma abertura ao princípio da oportunidade que atentará ao próprio cerne de nossa estrutura processual penal.

---

<sup>16</sup> Este último princípio da preferência pelas reações não punitivas, apesar de encontrar respaldo na teoria de Jorge de Figueiredo Dias sobre as consequências jurídicas do crime, é aqui classificado conjuntamente com os demais princípios de caráter processual penal por ser nada mais que uma consequência destes princípios e da aplicação em concreto da máxima do Direito Penal em *ultima ratio* que vem a influenciar, assim sendo, o cerne do processo penal por si. Neste sentido, entendemos de relevância a questão sobre ter o Direito Processual Penal mais que uma relação assecuratória (ou seja, meramente como instrumento de aplicação do Direito Penal), também uma relação de complementariedade funcional – ainda mais em um contexto como o atual o é, no qual se usa o processo penal para fins de política-criminal. Desta maneira,, não podemos estudar um sem o outro e vice-versa. Há uma complementariedade prática que os funde e impede uma análise distante com separações extremamente claras.

# 1. A colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013

Iniciar-se-á o trabalho com a análise da colaboração premiada conforme instituída na Lei nº 12.850/2013. Para tanto, para além de um estudo frio das disposições legais, buscamos um pensamento crítico sobre suas implicações na realidade brasileira.

Este capítulo será iniciado, assim, com uma pesquisa sobre o conceito da colaboração premiada, por meio do qual buscamos responder a algumas perguntas sobre o porquê do uso desta terminologia, sua alocação como instrumento processual da criminalidade organizada, além de realizar uma contextualização essencial para as próximas etapas do trabalho.

Trabalhar-se-á, também, acerca da natureza jurídica penal e processual penal do instituto da colaboração premiada e do acordo de colaboração em si mesmo, bem como as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que possam existir sobre o tema.

Assim, poderá ser estudado o procedimento da colaboração premiada conforme a previsão legal, bem como como as dissensões quanto às fases que não encontram respaldo legal por completo e sua solução, consoante dado pela doutrina e pela prática brasileira.

Por fim, neste capítulo serão retratadas as consequências penais e processuais-penais que derivam do uso da colaboração premiada e de suas disposições legais, atinentes, por exemplo, aos prêmios que podem ser concedidos aos colaboradores e a influência da mesma nos processos penais do próprio colaborador e de eventuais delatados.

## 1.1. Conceito

A colaboração premiada nada mais é que um instituto de natureza consensual que busca na colaboração de um investigado ou réu maior efetividade na investigação sobre a criminalidade organizada e, para isso, concede-lhe benefícios processuais e penais<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Ressalta-se também que os prêmios concedidos na colaboração premiada independem unicamente de uma delação, já que outras ações do colaborador podem ensejar o benefício, como, por exemplo, se o mesmo salvaguardou a integridade física da vítima conforme o artigo 4º, inciso V da Lei nº 12.850/2013 (PINTO,

Assim, surge como instrumento essencial para a investigação no âmbito da criminalidade organizada<sup>18</sup> e é positivada no capítulo II da Lei nº 12.850/2013.

Antes de mais, cabe ressaltar a opção terminológica adotada neste trabalho. Nomeamos o instituto de “colaboração premiada” em razão de este ser seu *nomem juris*, ou seja, a nomenclatura tal qual conferida pela lei brasileira. E que, portanto, deve ser adotada por se tratar de um estudo acadêmico de dogmática jurídica, sobre pena de grave erro técnico.

Anota-se, entretanto, que este termo “colaboração premiada” apareceu pela primeira vez com a Lei nº 12.850/2013 sem qualquer origem doutrinária que o justificasse ou qualquer conteúdo técnico, se não o fato de a delação não ser o único ato do colaborador que gera o prêmio. Isto porque, previamente a esta lei, todo e qualquer acordo de colaboração era denominado “delação premiada”, de modo que, como apontado por Rodriguez, a substituição aparece mais como um “recurso eufêmico, de retirar o desvalor intrínseco que o substantivo ‘delação’ traz em si”<sup>19</sup>. De tal maneira que, apesar de adotarmos o *nomen juris* colaboração premiada neste trabalho, não desvaloramos a tentativa de alguma parte da doutrina em ainda utilizar o vocábulo delação premiada enquanto tratem da carga desvalorativa deste instituto, como uma mera “delação”, ou seja, voltada apenas para o delatar alguém.

---

Ronaldo Batista. A colaboração premiada da lei nº 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v.10, n.56, 2013, p.25).

<sup>18</sup> E, como tal, por incidir em um campo nebuloso como a criminalidade organizada o é, já que, como apontado por Zaffaroni, “o crime organizado fez sua entrada na legislação penal, com a previsível consequência de introdução de elementos de direito penal autoritários. O conceito fracassado em criminologia foi levado à legislação para permitir medidas penais e processuais penais extraordinárias e incompatíveis com as garantias liberais”. Medidas estas que, como em uma intervenção punitiva no mercado (ao considerar o fato do crime organizado estar em sua maior parte associado à economia e à movimentação de valores), “termina sendo um conjunto de medidas de protecionismo irracional ou arbitrariamente selecionado, que com demasiada frequência aumenta as próprias atividades ilícitas, a corrupção (particularmente nos países periféricos), destrói a competitividade do empresariado mais débil e o elimina do mercado, podendo tomar partido como elemento decisivo nas disputas entre os mais fortes” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime Organizado”: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 1, Nº 1, 1996, p.58). Em outras palavras, a colaboração premiada – prevista exclusivamente para a criminalidade organizada – pode ter efeitos colaterais perversos por, ao contrário do que se almeja, privilegiar os mais fortes e destruir os mais fracos – os quais, nesta luta de poderes, são muito vulneráveis para estar em uma posição que lhes seja favorável e permita usufruir dos benefícios previstos.

<sup>19</sup> RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.3.

Necessário também para uma conceituação mais abrangente da colaboração premiada é entender sua origem de uma perspectiva histórica e internacional, ainda que de maneira não exaustiva. Para além do processo de abertura de espaços de consenso nos sistemas legais com origem histórica de predominância da legalidade, que vem ocorrendo no Brasil e na Europa continental<sup>20</sup> a partir de mecanismos de diversão e desjudicialização voltados para a pequena e média criminalidade<sup>21</sup>, surge, a partir de uma pressão internacional no sentido do combate à corrupção, uma imposição para a adoção de mecanismos de “perdão aos delatores”.

Neste sentido, as Convenções de Palermo e de Mérida, ambas ratificadas pelo Estado brasileiro, possuem um papel fundamental. Em 2000, na cidade de Palermo, Itália, foi firmada a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, na qual consta em seu artigo 26º a previsão da intensificação da cooperação entre pessoas que participem ou tenham participado em organizações criminosas e as autoridades competentes<sup>22</sup>. Ademais, em 2003 foi firmada a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção em Mérida, México. Esta, já internalizada no direito brasileiro a partir do

---

<sup>20</sup> Assim coloca Anabela Miranda Rodrigues que “a evolução do direito imposto no sentido do direito negociado manifesta-se em múltiplos domínios onde, quer a eficácia, quer a legitimidade apelam para outros modelos de intervenção mais leves, mais informais, menos onerosos: é a mediação nos conflitos familiares, a negociação nos conflitos internacionais (...)”. E assim que “se a descriminalização tem limites – e, com ela, a despenalização, a desjudicialização e a diversão -, uma possibilidade é adaptar a reação social e intervir de maneira mais leve e mais informal. Os processos de negociação, bem como os processos acelerados e simplificados, os primeiros muitas vezes servindo os interesses dos segundos, surgem como condições de sobrevivência do sistema” (RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.8, n.2, 1998, p.236). Ressaltamos, entretanto, que soluções que partem de outra lógica que não a de um projeto de descriminalização e talvez não sempre preocupada com uma solução efetiva dos conflitos também têm sido paulatinamente adotadas pelos Estados da Europa continental, as quais possuem uma origem mais recente nos países que atuam sob o sistema da *common law* (PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v.5, n.9, 2000, p.357.). Desta forma, por exemplo, em Portugal é adotada de forma específica na Lei de Combate ao Terrorismo, bem como para outros crimes de origem em uma organização criminosa, a possibilidade da atenuação especial da pena no caso da colaboração do arguido a partir, por exemplo, da identificação ou captura de outros agentes responsáveis.

<sup>21</sup> Como o são, no caso brasileiro, a transação penal, a suspensão condicional do processo e até mesmo a confissão como contrapartida penal. E, no âmbito português, a suspensão provisória do processo, o processo sumaríssimo, o arquivamento em caso de dispensa de pena e a mediação penal de adultos.

<sup>22</sup> Consoante o artigo 26º do Decreto nº 5.015/2004 que internaliza a Convenção de Palermo: “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”.

Decreto nº. 5.687/2003, também possui um dispositivo apenas para o tratamento da cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei. Assim que, em seu artigo 37º, é previsto que 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”, podendo, inclusive, prever a concessão de imunidade judicial a estes colaboradores<sup>23</sup>.

Por consequência destes esforços internacionais foi então composto o Programa Nacional de Segurança e Cidadania (Pronasci), com programas, projetos e ações cuja prioridade é reprimir a criminalidade organizada, instituído pela Lei nº 11.530/2007. Programa este essencial para a elaboração da Lei nº 12.850/2013 e, portanto, para a vigência da colaboração premiada<sup>24</sup>.

Desta forma, surge o instituto da colaboração premiada<sup>25</sup> no escopo do combate à criminalidade organizada, esta última caracterizada por seu esquema de complexidade na relação e formação de seus membros e em seu *modus operandi* ao envolver, em geral, a movimentação ilegal de altas somas de dinheiro. De forma que, devido a esta engenharia

---

<sup>23</sup> Conferir neste sentido: BALLAN JUNIOR, Octahydes. Colaboração Premiada: instrumento para a efetivação da política criminal brasileira. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Nº 70, V. 12, 2016, p.51; e FERNANDES, Fernando Andrade; GOMES, Ana Cristina. Acerca da experiência brasileira com o instituto da delação premiada. Expectativas político-criminais transmutadas em políticas públicas criminais. *Revista Jurídica Lex*, v.83, 2016, p.361ss.

<sup>24</sup> BALLAN JUNIOR, 2016, p.36.

<sup>25</sup> O instituto como aqui é analisado, já que a noção de delação e colaboração com a justiça não é novidade para o sistema brasileiro. Assim: a Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8072/1990, prevê a redução da pena para o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha (artigo 8º) e acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 159º do CP a fim de estender o mesmo benefício ao coautor do crime; a revogada Lei de Organizações Criminosas, Lei nº 9034/95 previu a redução da pena desde que a espontânea colaboração do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria (artigo 6º); a Lei nº9080/1995 possibilitou a colaboração premiada no corpo da lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra a ordem tributária nacional em crimes cometidos em quadrilha ou co-autoria; a Lei de Lavagem de Capitais, Lei nº 9.613/1998, ampliou o leque de favores ao prever, além da redução e substituição da pena, o cumprimento em regime semiaberto ou aberto e a possibilidade de perdão judicial (artigo 1º, §5º); benefícios estes também previstos nos artigos 13º e 14º da Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas, Lei nº11.343/2006; a Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, que revogou a inicial Lei nº 10.409/2002, previu a redução da pena para o que voluntariamente colaborasse com a investigação e o processo criminal; e, por fim e mais recentemente, a Lei nº 12.529/2011 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e permite que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) firme acordo de leniência com o autor de delito contra a ordem econômica que resulte em redução da pena com um regramento mais específico e um roteiro mais detalhado para propiciar a efetividade das medidas (PINTO, 2013, p.25).

das organizações criminosas, com uma vocação para a obtenção de vantagens econômicas e a necessidade branquear o capital angariado, “há um grande distanciamento entre os crimes e seus autores, dificultando a colheita de prova”, dificuldade esta que é ainda maior dado o código de conduta destas organizações, que impõe o silêncio aos seus membros<sup>26</sup>. Ademais, agrava-se a situação no contexto brasileiro ao considerarmos que é vigente no país a sensação de impunidade e o pensamento comum de que “se todos participam no esquema de corrupção, se é algo normal, porque eu também não participarei?”.

Portanto, este instituto vem como uma solução tanto para a disfuncionalidade do sistema processual penal que não consegue elucidar os problemas da criminalidade organizada de forma eficiente apenas com os meios tradicionais de prova, quanto para cumprir as exigências de tutela suficiente do Estado, o qual deve garantir de forma efetiva os direitos fundamentais da coletividade<sup>27</sup>. Sendo que este tratamento diferenciado é justificável (ainda que apenas sob um viés parcial) devido ao

estado de necessidade da investigação, o qual se pode manifestar apenas quando presente, além do bloqueio investigativo pela natureza organizada ou associativa do fenômeno criminal, uma singular imposição de prevenção e repressão pela gravidade de crimes que atinjam bens e valores fundamentais. [Sendo que, para mais] a colaboração processual já não reforçaria apenas a tarefa estatal de esclarecimento de crimes graves, mas teria relevante efeito reflexo direcionado a refrear o prosseguimento da atuação associativa na prática desses delitos, elemento de discriminação importante na comparação com situações nas quais não se manifesta o papel de fragmentar estrutura orientada ao cometimento de crimes, por consequência, evitando-os<sup>28</sup>.

Também é apontado pela doutrina que a delação e a barganha, além de essenciais como instrumento para obtermos uma resposta penal para os crimes perpetrados por organizações criminosas, são relevantes para a redução de custos financeiros e para a

---

<sup>26</sup> BALLAN JUNIOR, 2016, p.51.

<sup>27</sup> Neste sentido, conferir: PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013 (b), p.50-81.

<sup>28</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*. Nº59, V. 17, 2013 (a), p.90.

recuperação dos valores nos casos, por exemplo, de corrupção e lavagem de dinheiro; garantindo uma maior efetividade da resposta penal<sup>29</sup>.

Ademais, é sob essa perspectiva da criminalidade organizada que passamos a entender a colaboração premiada como instrumento de política criminal; ou seja, uma opção político-legislativa em face da necessidade investigativa, conjugada com o cenário de pressão internacional, para adoção desta norma eminentemente premial. Desrespeitando, por conseguinte, o que deveria ser entendido por política criminal. Neste sentido, segundo Claus Roxin, “a melhor política criminal consiste em conciliar da melhor forma possível a prevenção geral, a prevenção especial orientada à integração social e a limitação da pena em um Estado de Direito”<sup>30</sup>, de maneira que a mesma não poderia ser confundida como uma forma de política de segurança pública<sup>31</sup> como vem acontecendo nas últimas décadas a partir do enrijecimento das normas penais e processuais penais com o fito imaginário de diminuir e reprimir a criminalidade<sup>32</sup>.

O cerne do problema reside, pois, em ter uma política criminal de viés claramente punitivista e que possui certo grau de ser garante da política de segurança pública, enquanto as finalidades do processo penal são (ou deveriam ser) a realização da justiça e a

---

<sup>29</sup> Este raciocínio é melhor desenvolvido por Suxberger e Gomes, os quais, para além deste pensamento, argumentam que “a barganha poderia, no caso brasileiro, se fosse aprovada, diminuir o volume dos feitos parados no judiciário referentes à criminalidade de massa, sem implicar maior encarceramento, uma vez que o acordo tende a render uma pena menor que aquela que seria concretizada na sentença após a regular instrução processual”. Assim que, apesar de concordamos com o fato da colaboração premiada ser um instrumento de efetividade no combate às organizações criminosas, à despeito de todas as críticas devidas a serem feitas ao longo do trabalho, há de se salientar que outra questão é o uso da barganha por si na pequena e média criminalidade, a qual, seja no sistema europeu continental ou no Brasil, com tradição de cunho legalista, seria incongruente e traria ainda mais dificuldades (SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016, p. 387).

<sup>30</sup> ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 34.

<sup>31</sup> FERNANDES; GOMES, 2016,p.364.

<sup>32</sup> Apontamos, por exemplo, a visão de Ballan Junior de que “o uso da colaboração premiada quer justamente acabar com essa seletividade, tomando o direito penal igualitário, sem castas, sem estratos sociais, instrumentalizando-o para que sua mão possa alcançar aqueles que se sentem inatingíveis, os poderosos e influentes, os integrantes do crime organizado, que se valem da *omertá* e da corrupção para dificultar a devida apuração dos fatos e a responsabilização dos envolvidos, com sua conduta fazendo ruir as vigas do Estado Democrático de Direito” (BALLAN JÚNIOR, 2016, p.46). Apesar dessa perspectiva ser condizente com a utilização da colaboração premiada como instrumento necessário à investigação dos crimes cometidos no seio de organizações criminosas, é tendencialmente uma justificativa de sua utilização como instrumento de política criminal para asseguuração de uma segurança pública, a qual não deveria ser confundida como política-criminal.

descoberta da verdade, a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas (dentre elas o arguido) e o reestabelecimento da paz jurídica posta em causa com a prática do crime<sup>33;34</sup>.

Assim temos a atual colaboração premiada como prevista na Lei nº 12.850/2013. Uma norma considerada premial que busca efeitos práticos no plano do esclarecimento dos fatos, conjuntamente com outros possíveis resultados, os quais resultam na concessão de um benefício positivo para o colaborador<sup>35</sup>.

## 1.2. Natureza Jurídica

A colaboração premiada, para o Direito Penal, possui uma natureza jurídica com variadas vertentes já que ao mesmo tempo em que exerce funções alternativas de extinção da punibilidade (por meio do perdão judicial), pode ser também causa de diminuição de pena, causa de fixação de regime inicial aberto ou semiaberto ou de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos<sup>36</sup>. Assim não há muitas controversas acerca da natureza jurídica penal da colaboração premiada, sendo esta correspondente aos diversos prêmios possíveis legalmente que afetam, em última instância, à pena.

Entretanto, a discussão acerca da natureza jurídica processual penal da colaboração premiada não é tão simples. Não havendo, todavia, consenso doutrinário se o instituto é fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2016, p.14.

<sup>34</sup> Sobre isso, Gabriel Divan coloca que é “arriscado anuir para com uma teleologia que coliga essa rubrica de função político-criminal do processo (e, por conseguinte, um de seus instrumentos, em comento) a tipos de finalidade que rompem com o cânone substancial de uma visão de processo como filtro garantidor enfraquecida e mais perfilada com fins político-criminais aqui entendidos como punitivos” (DIVAN, Gabriel. Crítica científica de “a colaboração premiada como instrumento de polícia criminal” – um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista brasileira de direito processual penal*, v.3, n.1, 2017, p.421).

<sup>35</sup> FERNANDES, Fernando Andrade; AIRES, Murilo Thomas. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v.3, n.1, 2017, p.264.

<sup>36</sup> MARQUES, Antônio S. Peixoto. A colaboração Premiada: um Braço da Justiça Penal Negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 60, 2014, p.40.

<sup>37</sup> MARQUES, 2014, p.40.

Sendo assim, cabe-nos conceituar o que seriam cada uma dessas categorias. Marques aponta que fontes de provas é o conjunto – ou indivíduo – de pessoas ou coisas a partir das quais se consegue uma prova, como, por exemplo, uma testemunha<sup>38</sup>. Sendo que as fontes de prova seriam destinadas às partes, já que cabe a elas o ônus de identificação e introdução no processo penal, de modo que o próprio imputado pode ser fonte de prova na medida em que detenha conhecimentos sobre a realidade dos fatos<sup>39</sup>.

Por sua vez, os meios de provas “são os instrumentos pelos quais as fontes de prova são encaminhadas ao processo”. Ou seja, produzem resultados que podem ser utilizados na decisão judicial<sup>40</sup>. Neste sentido possuem a característica de instrumentalidade<sup>41</sup>.

Por fim, o meio de obtenção de prova é aquele pelo qual a fonte de prova ou o meio de prova serão acessados, nesse sentido o são as medidas de busca e apreensão, a interceptação telefônica e as quebras de sigilo bancário e fiscal<sup>42</sup>.

A despeito das controversas doutrinárias sobre a natureza jurídica processual da colaboração premiada, concordamos com o posicionamento de Essado de que constituiria meio de obtenção de prova. Justifica o autor ao colocar que este seria o enquadramento que mais coaduna com o fim da colaboração premiada, que é a repressão da criminalidade organizada. Também, porque seria um instrumento processual “neutro”, o qual poderá, a depender do resultado advindo das palavras do imputado, contribuir para a atividade estatal de persecução penal ao mesmo tempo em que pode não ter resultados concretos, o que “ainda faz perdurar” sua natureza de meio de obtenção de prova<sup>43</sup>.

Neste sentido colocam também os autores Ferreira, Silva e Santos que a Lei nº 12.850/2013, por “considerar os verbos ‘revelar’ e ‘conduzir’, utilizados nas leis anteriores, constitui a atuação dos delatores ou colaboradores como meio de obtenção de prova, cuja característica é o seu caráter de surpresa no sentido de que o desconhecimento

---

<sup>38</sup> MARQUES, 2014, p.41.

<sup>39</sup> ESSADO, Thiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista brasileira de ciências criminais*, v.21, n. 101, 2013, p. 208.

<sup>40</sup> ESSADO, 2013, p.208.

<sup>41</sup> MARQUES, 2014, p.41.

<sup>42</sup> Conferir ESSADO, 2013, p.208 e MARQUES, 2014, p.41.

<sup>43</sup> ESSADO, 2013, p.211.

do investigado de que está passível a qualquer dessas medidas de coleta de elementos de prova é o fator de a garantir a eficiência desse trabalho”<sup>44</sup>.

Concretizando esta linha de raciocínio temos as conclusões advindas do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o *Habeas Corpus* de nº127/483/PR. Neste julgado a colaboração premiada é tratada como negócio jurídico processual, fator de relevância ao lhe conferir um traço personalíssimo que, no caso em tela, impediu a impugnação do acordo pelo terceiro delatado já que o acordo não constituiria prova direta contra o impugnante por requerer a existência de contraditório e ampla defesa.

Para mais, o julgado também foi responsável pela definição da natureza jurídica da colaboração premiada como meio de obtenção de prova. Segundo o Ministro Relator:

a colaboração premiada, por expressa determinação legal, é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal<sup>45</sup>.

Isto pois, para o julgado, a simples celebração do acordo entre o Ministério Público (MP) e o acusado e a sua posterior homologação pelo poder judiciário não formalizam a prova e apenas instituí o meio para a obtenção da eventual prova que se consolidará com o depoimento judicial e o seu acompanhamento com elementos corrobórios produzidos em contraditório.

Até porque, e como será mais bem tratado no item sobre o procedimento da colaboração premiada, por expressa determinação do nosso legislador a colaboração

---

<sup>44</sup> FERREIRA, Luciano; SILVA, Marcos Pereira; SANTOS, Verçulina Firmino. Garantias e eficácia repressiva: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 137, n. 25, 2017, p.208.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus N.127.483-PR*. Ministro Relator Dias Tofoli. Plenário. 27 ago. 2015.

apenas poderá ser considerada prova caso haja outra que a corrobore, uma vez que, isoladamente, a palavra do colaborador não possui eficácia probatória<sup>46</sup>.

Ademais, conforme apontam Carvalho e Wunder, importante notar que, mesmo classificando o acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova e a palavra do colaborador como prova de eficácia relativa, é importante destacar que ambas não se confundem com os indícios. Isto é, não são “provas indiretas” para o processo penal<sup>47</sup>.

Isto porque, apesar de a colaboração premiada ser mero meio de obtenção de prova, a palavra do colaborador passa a ser uma prova – ainda que de eficácia relativa e condicionada à apresentação de outros elementos de convicção condenatória – a partir do transcurso da instrução criminal e concretização do contraditório e ampla defesa. De maneira que, por não possuir “eficácia plena e autônoma, a colaboração premiada não pode ser tratada como indício, uma vez que, no máximo, configuraria um de seus elementos formadores”<sup>48</sup>.

Para além da natureza jurídica da colaboração premiada, há de se analisar a natureza jurídica do acordo de colaboração em si, o qual, judicializa a colaboração premiada e, é por si mesmo, formalizado por um termo. Nos casos específicos em que por meio do acordo as partes, ou seja, o investigado e o Ministério Público acordam que será efeito da colaboração a não apresentação da denúncia por parte do MP, já que cabe às partes tanto a manifestação de verdade e os efeitos do ato, podemos classificá-lo como negócio jurídico<sup>49</sup>. Por outro lado, nos casos dos acordos dependentes da manifestação do juiz, ou seja, nos quais os efeitos do acordo celebrado dependam do teor da sentença, afasta-se “o caráter de negócio jurídico da colaboração, porque ninguém (o juiz, no caso) pode ser obrigado por negociação da qual não participou”<sup>50;51</sup>.

---

<sup>46</sup> CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; WUNDER, Paulo. Colaboração premiada: justa causa para quê? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.26, n.148, 2018, p.290.

<sup>47</sup> CARVALHO; WUNDER, 2018, p.292.

<sup>48</sup> CARVALHO; WUNDER, 2018, p.295.

<sup>49</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernadina. Colaboração premiada: um negócio jurídico? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v.13, n. 73, 2016, p.42.

<sup>50</sup> PINHO, 2016, p.44.

Da mesma maneira, Marcos Santos aponta que o acordo de colaboração premiada não constitui propriamente um negócio jurídico, já que os pactuantes não definem inteiramente os seus efeitos, considerada a desvinculação do juiz aos prêmios listados. De forma que a única hipótese genuína de negócio jurídico processual corresponderia ao artigo 4º, §4º, da Lei nº 12.850/2013, consistente no não oferecimento da denúncia como contrapartida à cooperação, pois esta, como já anteriormente analisado, independeria de sentença por parte do magistrado<sup>52</sup>.

### 1.3. Procedimento

A colaboração premiada pode acontecer em diferentes momentos processuais de acordo com os ditames da Lei nº 12.850/2013. É prevista na fase pré-processual, podendo implicar discricionariedade regrada na propositura da ação penal (artigo 4º, §2º), na fase judicial, à requerimento das partes (artigo 2º, *caput*) e, por fim, na fase pós-processual, quando da execução da pena (artigo 2º, §5º).

O procedimento da colaboração premiada é normalmente dividido em três fases: a negociação do acordo, a homologação do acordo pelo juízo competente e a sentença final de valoração dos resultados obtidos e concessão dos prêmios. Havendo, entretanto, quem diga haver mais uma fase, entre a homologação e a sentença, consistente na produção probatória, ou seja, o ato pelo qual haverá a colaboração em si<sup>53</sup>.

A primeira fase do instituto é a negociação do acordo de colaboração premiada, na qual apenas poderão participar o Ministério Público, o delegado de polícia, o investigado e seu defensor (ainda durante o inquérito policial) ou apenas o Ministério Público, o investigado ou acusado e seu defensor, se após o Inquérito e entendam desnecessária a presença do delegado de polícia<sup>54;55</sup>.

---

<sup>51</sup> Desenvolver-se-á mais aprofundamente estas constatações, já que ambas dependem de um raciocínio jurídico e de um desenvolvimento da doutrina no tocante ao procedimento da colaboração premiada.

<sup>52</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista brasileira de direito processual penal*, v.3, n.1, 2017, p.154.

<sup>53</sup> Neste sentido, ESSADO, 2013, p.219.

<sup>54</sup> Artigo 4º, §6º, Lei nº 12.850/2013.

A presença do delegado de polícia durante as negociações da colaboração premiada já foi questionada pelo Procurador Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.508, na qual foi relator o Ministro Marco Aurélio de Melo. Requeria-se ser declarada privativa do Ministério Público a legitimidade para oferecer e negociar os acordos de colaboração premiada, dado que apenas o mesmo possui a titularidade da ação penal pública e também em razão dos princípios do devido processo legal e da moralidade. Decidiu-se não somente que a presença do delegado de polícia não é inconstitucional, como também compatível com suas atribuições de dirigente do Inquérito e benéfico à colaboração ao propiciar uma desburocratização do instituto<sup>56</sup>.

É requisito para a colaboração premiada que o acusado realize o acordo de maneira voluntária<sup>57</sup>. Entretanto, o acordo não precisa ser firmado de forma espontânea pelo mesmo. De forma que nada impede que o acordo surja por influência do defensor, do delegado de polícia ou do próprio membro do Ministério Público, ou seja, dos próprios legitimados para a negociação do acordo, desde que estas influências não estejam embebidas em qualquer forma de coação (física, moral ou psicológica) ou mesmo de promessas de vantagens ilegais<sup>58</sup>.

Por conseguinte, é em razão da exigência de voluntariedade para a celebração do acordo de colaboração premiada que se questiona a compatibilidade da situação do réu preso preventivamente com uma eventual colaboração. Isto pois, conforme apontado repetidamente na doutrina<sup>59</sup>, e mais especificamente por Suxberger:

---

<sup>55</sup> Em ambos os momentos, antes e após o oferecimento da denúncia, será assim a composição da primeira fase de negociações.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508*. Ministro Relator Marco Aurélio de Melo. 25 jun. 2018. Dje 26 jun. 2018.

<sup>57</sup> Neste sentido, Nicolás Rodríguez-García coloca que “os conceitos de voluntariedade da declaração e a assistência devida de um letrado (advogado) são requisitos intrinsecamente complementários para produzir a validade sobre todo o processo de negociação” (Rodríguez-García, Nicolás. *La Justicia Penal Negociada: experiencias de derecho comparado*. Ediciones Universidad Salamanca: Salamanca, 1997, p.54-55)

<sup>58</sup> FERNANDES; AIRES, 2017, p.266.

<sup>59</sup> BORRI, Luiz Antonio. Delação premiada do investigado acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. *Boletim IBCCRIM*, ano 24, n. 285, 2016, p. 6; e BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? 23 jun. 2015. *JOTA*. Disponível em <[https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015](https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015)>. Acesso em 15 jan. 2019.

a prisão configura o momento de maior vulnerabilidade do investigado ou acusado, o que lhe retira a possibilidade de escolha (...) seu único objetivo será retornar o quanto antes a sua liberdade. Para tanto, fará o que for necessário, inclusive, assumir o papel de colaborador<sup>60</sup>.

Entretanto, e contra a noção de que a prisão preventiva pode ser considerada forma de coação prejudicial à necessária voluntariedade para celebração do acordo, há de se ter em vista que o conceito de coação penal é específico – e redigido nos tipos penais dos artigos 146º e 147º do CP brasileiro<sup>61</sup>, possuindo o significado de não fazer o permitido por lei ou fazer o que a lei não manda. De tal forma que, sendo a prisão preventiva realizada nos moldes da lei que a permite, a mesma não poderia configurar coação ao acusado. Ou seja, no caso de haver uma prisão preventiva legalmente instituída, não poderia haver alegação de falta de voluntariedade na confecção do acordo de colaboração.

Apesar da noção jurídica de coação não necessariamente corresponder à prisão preventiva – caso esta seja realizada nos moldes da lei – há de se salientar que ainda há uma incompatibilidade prática entre a prisão e a colaboração, conforme aponta Suxberger<sup>62</sup>. Afinal, na realidade, é comum e possível, ainda que em uma verdadeira falta de ética, decretar-se a prisão preventiva por motivos legais como a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”<sup>63</sup>, quando, concretamente, almejam nada menos que a colaboração do réu para obtenção de novas pistas e delatados, por exemplo.

---

<sup>60</sup> SUXBERGER, Antônio. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista brasileira de direito processual penal*, v.3, n. 1, 2017, p. 203.

<sup>61</sup> Neste sentido, o artigo 146º do CP determina que configura constrangimento ilegal “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”; e artigo 147º do CP, segundo o qual é crime de ameaça “ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave”.

<sup>62</sup> SUXBERGER, 2017, p.211.

<sup>63</sup> Artigo 312º da Lei nº 12.403/2011.

Como uma possível solução para este problema, há o Projeto de Lei nº 4.372/2016<sup>64</sup> tramitando atualmente no Congresso Nacional Brasileiro a fim de “impor como condição para a homologação judicial da colaboração premiada a circunstância de o acusado ou indiciado estar respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurados em seu desfavor”, justificado por seu autor, o Deputado Wadih Damous, “para preservar o caráter voluntário do instituto e para evitar que a prisão cautelar seja utilizada como instrumento psicológico de pressão sobre o acusado ou indiciado, o que fere a dignidade da pessoa humana, alicerce do estado democrático de direito”.

Entretanto, em nosso entendimento essa solução não seria a mais eficaz. Em um primeiro momento caso consideremos os dados da força-tarefa da Operação Lava Jato, ainda que exemplificativos, de que mais de 70% dos acordos foram feitos com réus soltos<sup>65</sup>. Também, porque criaria uma diferença de tratamento não justificada entre réus presos e soltos que poderia impedir o réu preso de usar o instituto da colaboração premiada como mecanismo de defesa<sup>66</sup>.

Ademais, a coação por parte dos membros da polícia e do Ministério Público podem vir de outras formas que não por meio de uma eventual prisão preventiva, como a partir de algum outro tipo de medida cautelar imposta indevidamente ou por meio de uma tortura psicológica acerca dos resultados de uma condenação regular. E esta coação é ilustrada pela própria realidade brasileira. Afinal, no caso mensalão (AP 470), no qual nenhum acordo de colaboração premiada foi firmado, o empresário Marcos Valério, por exemplo, foi condenado a uma pena – amplamente noticiada pela mídia – de mais de 37

---

<sup>64</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 4372*, 2016. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/> >. Acesso em 15 jan. 2019.

<sup>65</sup> MACEDO, Fauto. A escolha é do delator, não é do Estado, diz procurador. *Estadão Política*, 26 abr. 2016. Disponível em < <https://politica.estadao.com.br> >. Acesso em 25 mar. 2019.

<sup>66</sup> À despeito desta discussão acerca do uso da prisão preventiva como forma de coação, há a possibilidade – como visualizado em diversas colaborações premiadas celebradas no âmbito da Operação Lava Jato – que o réu colaborador, com o exercício livre, regular e voluntário de sua vontade, aceite cumprir uma pena desde logo, sem a existência de um decreto condenatório derivado de uma decisão judicial. E, por conseguinte, em conflito com um dos princípios elementares do direito penal, do *nulla poena sine iudicio*, a garantia de que ninguém será submetido à uma sanção penal sem o prévio exercício da jurisdição competente (ALONSO, Guilherme de Oliveira. A colaboração premiada e o princípio *nulla poena sine iudicio*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v.14, n. 83, 2018, p. 72). Entretanto, como esta linha de pensamento pertence às consequências da colaboração premiada, será melhor desenvolvida no tópico posterior do trabalho e quando do tratamento do princípio da preferência pelas reações não punitivas.

anos de prisão, além de uma multa de mais de 3 milhões de reais. Assim que, como aponta Matos Filho, foi uma real força e estímulo para que os demais “homens de negócio” envolvidos em práticas criminosas colaborassem com a justiça penal, como no caso da Lava Jato, no qual muitos dos investigados buscaram firmar acordos de colaboração premiada<sup>67</sup>.

Concordamos, portanto, com o posicionamento de Azevedo no sentido de que cabe ao defensor buscar de forma energética o controle jurisdicional e prático da colaboração premiada, com a eventual responsabilização dos agentes estatais que atuarem de forma ilegal com o intuito de coagir eventuais colaborações<sup>68</sup>. Afinal, este papel pertence ao defensor pela própria imposição do Código de Ética da Advocacia, o qual comina o dever ao advogado em esclarecer “ao constituinte a natureza, extensão e possibilidade de êxito da defesa, sendo dever ético inadiável informar o cliente de forma clara e inequívoca, dos eventuais riscos de sua pretensão e das consequências que poderão advir da demanda”<sup>69</sup> e, por conseguinte, dos riscos inerentes ao procedimento da colaboração e seus resultados<sup>70</sup>.

Para mais, a Lei nº 12.850/2013 estabelece a formalidade do acordo e seu conteúdo no artigo 4º, parágrafos 6º e 7º, e no artigo 6º<sup>71</sup>. Assim que o ato da colaboração deverá ser registrado e reduzido a termo escrito, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação (apesar das devidas considerações sobre sua publicidade) como meio de controle para garantir o posterior exame judicial, a garantia do direito de defesa do delatado e a garantia das consequências premiais ao colaborador<sup>72;73</sup>.

---

<sup>67</sup> MATOS FILHO, Renato de Souza. Do mensalão à lava-jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 302, v. 26, 2018, p.16.

<sup>68</sup> AZEVEDO, David Teixeira. Delação premiada e direito de defesa. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, v. 256, 2014, p. 4.

<sup>69</sup> Artigo 8º, Código de Ética da Advocacia.

<sup>70</sup> Ao pensar na inclusão de um modelo de colaboração premiada para o sistema jurídico português, de relevância os apontamentos de Squilace e Cordas no sentido de que “a figura do advogado não só apareceria para a defesa dos direitos do colaborador, mas também em defesa do assistente [ de acusação], em uma atividade subordinada e de colaboração com o próprio Ministério Público” (SQUILACE, Adriano; CORDAS, Nair Maurício. Delação Premiada. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, v.46, 2017, p.16.).

<sup>71</sup> Esta opção, entretanto, não é novidade desta lei, vide que mesmo antes de seu advento, já vinha sendo formalizado um acordo que, posteriormente, seria “submetido à homologação pelo juiz, que não poderá deixar de observá-lo por ocasião da sentença, caso o delator tenha cumprido as obrigações previamente estabelecidas” (LIMA, Renato. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013, p.761.).

<sup>72</sup> ESSADO, 2013, p.217.

Ademais, apesar da Lei nº 12.850/2013 utilizar a terminologia “sempre que possível” para a necessidade do duplo registro das declarações firmadas pelo investigado ou réu colaborador, consoante o disposto no artigo 4º, §13º, frisa-se a relevância de que estas declarações sejam de fato sempre registradas nas formas escrita e audiovisual. Não somente para a segurança jurídica e defesa de quaisquer delatados, como também para o correto deslinde do procedimento da colaboração – assegurando seu devido processo legal a partir da melhor visualização do acordo e declarações até o momento da sentença e eventual concessão dos benefícios acordados.

Sobre o duplo registro destas declarações, ainda, é possível afirmar, como o faz Borri, que, no caso das mesmas resultarem em mais de uma linha de investigação, é possível o fracionamento dos registros – para que uma investigação não atrapalhe a outra. Ficando, nestes casos, a cargo da discricionariedade do juízo competente o controle do material que será disponibilizado à defesa técnica<sup>74</sup>.

Assim que, finda a fase inicial de propositura e negociação do acordo de colaboração premiada, passamos à segunda fase consistente na admissão deste acordo a partir da homologação judicial. Nos termos do artigo 4º, parágrafos 7º e 8º, da Lei nº 12.850/2013, o juiz homologará o acordo (já acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação) a partir da análise de sua regularidade, legalidade e voluntariedade. Sendo que, para a verificação da voluntariedade do colaborador poderá ouvi-lo em sigilo na presença de seu defensor. O juiz, para além de homologar o acordo, poderá recusar o que não atender aos critérios legais ou requisitar sua adequação conforme o caso concreto.

Desta forma, seria no momento da homologação que o juiz analisaria, além dos requisitos de legalidade e voluntariedade, os critérios objetivos e subjetivos relativo ao

---

<sup>73</sup> É justamente por ser realizada por meio de um acordo escrito e formalizado que Bottino aponta que a colaboração premiada se torna “um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, por tanto as confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido” (BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.122, n.24, 2016, p.374)

<sup>74</sup> BORRI, Luiz Antônio. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista brasileira de direito processual penal*, v.3, n.1, 2017, p.182.

colaborador e às circunstâncias do acordo. Entretanto, a decisão judicial de homologação do termo de acordo não deve analisar o mérito das declarações ou extrapolar as suas valorações em relação aos critérios de legalidade, regularidade e voluntariedade do acordo<sup>75</sup>. Neste sentido, já decidiu o STF que

a homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador<sup>76</sup>.

Ademais, nos casos em que o juiz recuse a homologação ou requeira a adequação do acordo de colaboração premiada há uma omissão legal a respeito de qual o caminho a ser percorrido. Assim que, para que esta adequação não se dê em afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, e sem a consulta às partes por exemplo, interpreta-se que deve ser dada oportunidade às partes de se manifestarem antes da adequação, com a possibilidade de retratação<sup>77</sup>.

Ainda, conforme propõe Silveira, as expressões “regularidade e legalidade” podem ser interpretadas a partir da análise da possibilidade jurídica do pedido. Assim que, é o juízo de homologação o momento processual correto para “a adequação do acordo ao modelo legal vigente em termos dos possíveis benefícios alcançáveis”<sup>78</sup>. De forma que, caso o juiz verifique que o acordo contempla prêmios estranhos aos legalmente instituídos ou que configurem concreta violação dos direitos fundamentais do colaborador, deverá determinar o retorno dos autos para adequação do acordo<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup>FERNANDES; AIRES, 2017, p.268.

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus N.127.483-PR.*. Ministro Relator Dias Tofoli. Plenário. 27 ago. 2015.

<sup>77</sup> FERNANDES; AIRES, 2017, p. 273.

<sup>78</sup> SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O papel do juiz na homologação do acordo de colaboração premiada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 71, 2018, p.128.

<sup>79</sup> Neste sentido, define o Manual da Colaboração Premiada, realizado pela ENCCLA em janeiro de 2014, que o juiz não deve homologar propostas de colaboração que tragam preestabelecido o quantum de redução de pena (já que este juízo caberá ao juiz da causa no momento final da sentença), nem local para cumprimento de prisão preventiva ou pena efetiva, promessas de celas especiais ou outras benesses cujo atendimento dependa de outra autoridade que não o Ministério Público, já que não se pode prometer o que “não se saberá se poderá ser efetivado” (ENCCLA. *Manual da Colaboração Premiada*, jan. 2014. Disponível em <www.mpf.mp.br>. Acesso em 26 mar. 2019, p.8).

Por fim, sobre o juízo de homologação, ressaltamos que é neste momento processual no qual deverá ser verificado se o acordo descreve os quadros mínimos das condutas que justificam os esforços prévios à sua celebração. Portanto, caso os proponentes se desincumbam do dever de esmiuçar tanto quanto possível as condutas penalmente relevantes, agiria corretamente o juiz ao “devolver o texto para adequação”. Sem esquecer, entretanto, que, nesta fase, a investigação contra o colaborador ainda está em seus primórdios – já que pode ser o caso de nem mesmo ter sido ofertada denúncia ainda<sup>80</sup>.

Por conseguinte, Silveira também ressalta que, em razão da exigência de justa causa para a abertura do Inquérito Policial ou procedimentos investigativos de qualquer natureza, “o juiz da homologação não poderia silenciar-se diante da ausência manifesta de elementos fáticos que conferissem consistência e credibilidades mínimas à colaboração”. Assim,

embora seja prematuro fazer afirmações positivas sobre a eficácia do acordo submetido à homologação (se é cumprível ou não), o juiz poderá recusá-lo ao se deparar com relatos contraditórios ou por demais fragmentados, sobretudo quando for possível concluir *ex ante* que a colaboração, por sua fragilidade intrínseca, estaria fadada ao fracasso<sup>81</sup>.

À respeito da publicidade do acordo de colaboração premiada, estabelece a Lei nº 12.850/2013 duas regras: inicialmente, o sigilo do acordo no curso investigativo, sendo limitado o acesso ao juiz, ao Ministério Público, ao delegado de polícia e ao defensor do delatado no tocante aos elementos de provas que não se refiram às diligências em andamento; e, em um segundo momento, a publicidade a partir da cessação do sigilo com o recebimento da denúncia<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> SILVEIRA, 2018, p.129.

<sup>81</sup> SILVEIRA, 2018, p.130.

<sup>82</sup> Vale ressaltar que essa disposição legal foi essencial para apaziguar o posicionamento conflitante da doutrina, segundo a qual, majoritariamente, deveria ser garantido o sigilo absoluto do acordo (MARQUES, 2014, p.56). Para mais, antes da disposição legal do assunto, foi firmado o entendimento jurisprudencial a partir do HC 90.688/PR pela primeira turma do STF, segundo o qual “afastou-se, contudo, a pretensão de se conferir publicidade aos citados acordos, cujo sigilo lhe é intrínseco, inclusive por força de lei, aduzindo que ao paciente basta saber quem participou da confecção e homologação dos acordos, sendo pública e notória a condição dos delatores”.

Entretanto, apesar da aparente solução dada pela legislação vigente, há de se discutir se, mesmo após o recebimento da denúncia, a publicidade do acordo deve depender de autorização judicial. Isto pois, à despeito do direito ao acesso à informação dos autos, tendo em vista o direito ao contraditório e ampla defesa do delatado, há que se considerar, também, o risco à segurança do colaborador e de seus familiares<sup>83;84</sup>.

Por fim, vale salientar que apesar da garantia constitucional da publicidade dos processos<sup>85</sup>, as garantias de defesa do réu ou investigado – tanto do colaborador quanto do delatado – ainda prevalecem. Neste sentido, há um embate entre os direitos do colaborador e do delatado, já que pode ser entendido como direito do colaborador o sigilo (ao menos inicial ou parcial) a fim de garantir sua intimidade e sua segurança, como também é direito do delatado o acesso aos autos por meio de sua publicidade (ainda que parcial)<sup>86</sup>.

Entretanto, a regra da realidade brasileira é a de uma ampla publicidade sensacionalista dos acordos de colaboração premiada e das declarações feitas pelos colaboradores, sem qualquer chance de corroboração prévia de seu teor e, ainda, muitas vezes violando o sigilo legal imputado. De tal forma que, sob os olhos exacerbados da população brasileira – que se vê diante de tal esquema de corrupção – quaisquer declarações são vistas como verdadeiras e os delatados já são declarados amplamente culpados, sem prévia investigação<sup>87;88</sup>.

---

<sup>83</sup> MARQUES, 2014, p.57.

<sup>84</sup> A publicidade do acordo também pode ser analisada sobre diferente perspectiva, a partir do direito de defesa do delatado no acordo firmado pelo colaborador. A partir deste ponto de vista, há a obrigação legal das autoridades responsáveis pela confecção do acordo (policiais e MP) em realizar o registro escrito e audiovisual (dado em conta o momento de elevada tecnologia no qual nos encontramos) a fim de garantir a maior fidedignidade possível ao depoimento do réu colaborador. Neste sentido, em precedente acerca da colaboração premiada, o Ministro Dias Toffoli consignou que a defesa técnica deve ter acesso aos registros do colaborador nas formas escrita e audiovisual, com fundamento na súmula vinculante nº 14 do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 21258 AdR. Relator Ministro Dias Toffoli. Segunda Turma. 15 mar. 2016. Dje 19 mar. 2016).

<sup>85</sup> Consoante dispõe a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CF/88) em seu artigo 5º, inciso LX “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

<sup>86</sup> Por ser uma dissuasão própria que não objeto deste trabalho não terá mais desenvolvimento neste trabalho.

<sup>87</sup> Neste contexto, é emblemática a situação enfrentada pelo STF em decisão monocrática quando uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da empresa Petrobras teve acesso ao acordo de colaboração premiada antes do recebimento da denúncia negado. Caso no qual foi entendimento do tribunal que a divulgação de dados, ainda que para autoridades com hierarquia e poderes semelhantes durante o período crítico que antecede o recebimento da denúncia, poderia comprometer o sucesso das apurações, o conteúdo

Certo é que, homologado o acordo, passamos a uma terceira fase da colaboração premiada, apontada por Essado<sup>89</sup>, ou seja, a de produção probatória, na qual se dá o interrogatório e se produz a delação e a efetiva colaboração. Esta fase, entretanto, pode ser suprimida nos casos em que a colaboração já ocorreu pré-processualmente. A respeito da produção probatória a Lei nº 12.850/2013 apenas dispõe que “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” (artigo 4º, §9º) e que tal colaboração, sempre que possível, será registrada por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, sempre com o objetivo de obter maior fidelidade das informações (artigo 4º, §13).

Assim que, na falta de disposição legal, coloca Essado que a colaboração deverá ser obtida por meio dos procedimentos do interrogatório na busca de um devido processo legal<sup>90</sup>. Neste sentido, há de se intimar as partes para o eventual interrogatório com um prazo mínimo de antecedência e sempre será garantido ao réu o direito de entrevista prévia e reservado com o defensor e o acompanhamento deste último nos termos dos artigos 185º à 195º do Código de Processo Penal, no que couber ao caso concreto e ao ato de delação (já que, por exemplo, as disposições sobre o direito ao silêncio não valerão, por lógica, ao colaborador).

---

dos depoimentos ainda a serem colhidos e a própria decisão de eventuais envolvidos em colaborar ou não com a justiça (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 33.278-DF*. Ministro Relator Roberto Barroso. 18 nov. 2013. Dje 19 nov. 2014).

<sup>88</sup> Se, por um lado, o procedimento da colaboração premiada ao prever a publicidade do procedimento após o recebimento da denúncia parece ser algo positivo e inclusive ir de encontro com as ideias expostas por Beccaria (2013, p. 56) no sentido de que não se podem permitir acusações secretas (que não seria conforme à uma ordem jurídica na qual se criminaliza, por outro lado, a calúnia que é feita de modo público) e que um processo penal com julgamentos e provas públicos seria essencial para impedir o abuso de poder pelas autoridades a partir da avaliação dos iguais, “para que a opinião, que é talvez o único fundamento da sociedade, ponha um freio à força e às paixões” (Ibiden, p.48-50). Por outro, apesar do texto de Beccaria ainda ser muito atual no tocante às atrocidades das penas e da irregularidade dos procedimentos penais, no tocante à relevância da opinião pública como freio ao abuso de poder do Estado punitivo há uma mudança brusca com relação ao atual contexto. Isto pois, ainda que atualmente a regra seja da publicidade escancarada dos acordos de colaboração premiada, a maioria esmagadora da opinião pública vê neste instituto apenas seus benefícios e, pior, parece pensar que ainda ao conseguir a punição de tantos, não permite a aplicação de penas tão severas quanto poderiam ser impostas. Assim que, atualmente, a opinião pública se encontra numa onda punitivista que vê na pena (e, mais especificamente, na prisão) a solução para todos os problemas práticos e estruturais da sociedade, como a falta de políticas de segurança-pública, a mudança na cultura de corrupção etc.

<sup>89</sup> ESSADO, 2013, p.219.

<sup>90</sup> ESSADO, 2013, p.221.

E isto, inclusive, nos casos de celebração de acordo de colaboração premiada em fase pré-processual, ou seja, que ocorrem ainda durante o Inquérito Policial; sendo de relevância as considerações de Essado no sentido de que, por faltar previsão procedimental específica, deve-se, por analogia, aplicar o procedimento previsto para o interrogatório dos artigos 6º e 185º do Código de Processo Penal (CPP). De maneira que sejam cumpridas as formalidades mínimas consistentes na presença do defensor no ato e a garantia ao direito de entrevista prévia e reservada com o defensor<sup>91</sup>.

Finalmente, adentramos na quarta fase da colaboração premiada: a de valoração, na qual o juízo competente, por meio do ato formal da sentença, formará sua convicção por meio da livre apreciação da prova produzida em contraditório e ampla defesa processual, e nunca exclusivamente sobre os elementos informativos colhidos na investigação e/ou os da colaboração<sup>92;93</sup>.

É nesta etapa que serão analisados se os resultados previstos nos incisos I a V do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 foram obtidos a partir da colaboração e, caso a resposta seja positiva, poderão ser concedidos os benefícios determinados no acordo de colaboração premiada.

Neste sentido, são objetivos da colaboração premiada obter 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

---

<sup>91</sup> ESSADO, 2013, p.217.

<sup>92</sup> ESSADO, 2013, p.221.

<sup>93</sup> A necessidade de corroboração do corpo probatório já foi apontada por Beccaria (2013, p.47), no sentido de que quando todas as provas de um fato dependem – ou derivam – de uma só, “o número de provas não aumenta nem diminui a probabilidade do fato, porque todo o seu valor se reduz à daquela única de que dependem (...) então, quanto mais provas forem aduzidas, mais crescerá a probabilidade do fato, porque a falsidade de uma prova não influi na outra”. Isso torna esta quarta fase da colaboração premiada, de valoração das provas produzidas em contraditório a fim de analisar a efetividade da colaboração, uma das mais relevantes para garantir que este instituto não seja apenas baseado no depoimento de um investigado/arguido totalmente parcial e interessado no desenvolver do procedimento ou que outrem (o delatado) não seja processado penalmente sem justa causa penal.

criminosa; e (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”<sup>94</sup>.

Para, então, poderem ser concedidos os benefícios já acordados durante as fases iniciais de colaboração, desde que dentre os previstos na lei, ou seja:

- (i) o não oferecimento da denúncia para o colaborador que não é líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar colaboração efetiva;
- (ii) o perdão judicial, para o caso de acusado em ação penal já instaurada nos casos em que a relevância da colaboração façam com que o Ministério Público, ou o delegado de polícia com a manifestação do Ministério Público, requeiram ou representem ao juiz pela concessão do referido perdão;
- (iii) a redução da pena em até dois terços, se o acordo for celebrado antes da sentença;
- (iv) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e;
- (v) a redução da pena até a metade ou a progressão do regime sem os requisitos temporais da legislação comum no caso de colaboração pós-sentencial<sup>95</sup>.

Sobre o momento para a concessão dos benefícios, prevalece uma regra geral interpretativa que favorece a sentença. Até porque, de acordo com o §11º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”. Entretanto, a referida lei também permite interpretação mais ampla e favorável aos réus colaboradores no sentido de que o resultado da colaboração poderia ser reconhecido pelo juízo ainda durante a investigação, mesmo que sem o reconhecimento de culpa ou comprovação judicial dos resultados almejados, desde que haja a verificação de indícios concretos de autoria e materialidade – nos limites exigidos para oferecimento da denúncia.

---

<sup>94</sup> Incisos I à V do artigo 4º da Lei nº.12.850/2013.

<sup>95</sup> Respectivamente constantes nos (i) Artigo 4º, parágrafo 4º; (ii) artigo 4º, parágrafo 2º ; (iii) e (iv) Artigo 4º, *caput*; e (v) artigo 4º, parágrafo 5º da Lei nº12.850/2013.

Isto pois, de acordo com a própria lei, o MP pode conceder imunidade processual e não oferecer denúncia nas hipóteses do colaborador não ser líder da organização criminosa e ter sido o primeiro a prestar efetiva colaboração, de modo que, por consequência, seria “certo que não se poderia exigir que o benefício dependesse de uma sentença que fizesse referência à pena do colaborador”<sup>96</sup>.

Há ainda uma última hipótese para concessão de benefícios que não pressupõe a análise da efetividade da colaboração em sentença penal: nos casos de redução da pena ou progressão de regime do colaborador já apenado. (art. 4º, §5º). Nesta situação, o benefício pode ser concedido em decisão apartada pelo juiz da causa ou pelo juízo de execução penal, não sendo claro se a concessão pode se confundir com a homologação do acordo em termos de momento processual<sup>97</sup>. Sendo este o caso, quando a homologação do acordo implique em reconhecimento automático dos benefícios:

ter-se-ia, na verdade, uma figura de acordo muito próxima ao *plea bargaining* norte-americano, no qual o órgão acusador tem a liberdade (princípio da oportunidade) para acordar, independentemente dos resultados, uma pena (ou uma imunidade) com o réu [e] nesse caso, estar-se-ia diante de uma grande tensão entre o instituto da colaboração premiada e o princípio *nulla poena sine iudicio*<sup>98</sup>.

Seja como for é claro que, a partir do §1º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, para a concessão de qualquer dos prêmios previstos, deverão ser analisados, para além da própria efetividade da colaboração, “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Ressalta-se também que a lei é enfática ao colocar que as partes poderão se retratar da proposta e que, neste caso, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador “não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”, consoante o artigo 4º, §10º, da Lei nº. 12.850/2013. Entretanto, como a lei não especifica até qual momento poderão as

---

<sup>96</sup> ALONSO, 2018, p.87.

<sup>97</sup> Já que no §7º do artigo 4º deixa-se claro que o juízo da homologação envolve apenas a verificação de regularidade, legalidade e voluntariedade, enquanto o artigo 7º, §1º, afirma que o pedido de homologação será encaminhado ao juiz com “informações pormenorizadas da colaboração”.

<sup>98</sup> ALONSO, 2018, p.88.

partes se retratarem da proposta, interpreta-se de uma forma ampla este dispositivo para permitir a retratação pelo MP até a homologação do acordo, já que uma retratação após sua homologação e após realizada a delação seria injusta com o colaborador, que teria todo o ônus sem os benefícios acordados e, para o colaborador, permitir-se-ia a retratação em qualquer momento, ainda que após dada sua colaboração, desde que efetivamente acompanhado e aconselhado por seu defensor.

Por fim que, para a análise da efetividade da colaboração e a concreta concessão dos benefícios acordados – em fase de sentença e já excluídas as exceções acima tratadas referentes ao não oferecimento da denúncia e benefícios pós-sentenciais, há de discutir sobre a vinculação do juiz ao acordo inicialmente homologado.

Neste sentido, Marques<sup>99</sup> coloca que há sim uma vinculação do juiz ao acordo já que não é um ato discricionário do juiz avaliar a utilidade da colaboração, mas sim um ato vinculado por previsão legal. Conforme esta última corrente, também, Fernandes<sup>100</sup> coloca que:

a necessidade de homologação judicial do termo de acordo denota expressivo avanço da legislação no que tange à segurança jurídica do colaborador, em especial porque o juiz estaria plenamente vinculado, no momento da sentença, ao acordo devidamente homologado, em vista do que determina o §11 do artigo 4º da Lei em análise.

Entrementes, o fato do magistrado não poder, já na homologação, avaliar o mérito do acordo é o que faz haver posicionamentos – bem fundamentados em nossa opinião – no sentido de que ele não estará vinculado a esta homologação prévia. Ou seja, sua homologação não implica em qualquer compromisso judicial em acatar o que foi pactuado entre o colaborador e o delegado de polícia ou o Ministério Público. Neste sentido se posicionam Badaró, ao propor, por exemplo, que o juiz poderá discordar do Ministério

---

<sup>99</sup> MARQUES, 2014, p.40.

<sup>100</sup> FERNANDES; AIRES, 2017, p.268.

Público acerca da efetiva utilidade da colaboração<sup>101</sup>, Silveira ao propor que é na fase final do processo, em sede de sentença, que deve ser aferida a culpabilidade dos réus por parte do juiz<sup>102</sup> e a Estratégia Nacional de combate à Corrupção e à lavagem de Dinheiro (ENCCLA) em seu Manual de Colaboração Premiada<sup>103</sup>.

Para além do procedimento previsto na Lei nº 12.850/13, foi editada a Orientação Conjunta nº1/2018 do Ministério Público Federal (MPF). Apesar de não ser vinculante, dada à independência funcional dos membros do MP consoante o sistema jurídico brasileiro<sup>104</sup>, e constituir mera orientação dirigida apenas aos membros do MPF, merece o devido destaque como tentativa de padronização dos procedimentos da negociação.

Desta forma, apontamos que merecem destaques positivos as tentativas da orientação no sentido de formalizar os atos relativos ao acordo, como a partir da necessidade de autuar em apartado o acordo em um procedimento administrativo, a necessidade de assinatura de termo de recebimento da proposta e o dever em justificar e comunicar o interessado acerca de eventual rejeição sumária da proposta da colaboração. Ademais, por toda a Orientação salienta-se, em uma busca para garantir a boa-fé e a confiança entre as partes, a essencialidade em se registrar todas as informações, os atos da negociação etc. Entretanto, vemos que a Orientação, como meio do próprio MPF, propõe itens eminentemente *extra legem*, como a possibilidade de alteração de penas cominadas,

---

<sup>101</sup> BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.317.

<sup>102</sup> SILVEIRA, 2018, p. 124.

<sup>103</sup> Segundo o Manual da Colaboração: “a homologação não implica qualquer compromisso judicial em acatar as condições pactuadas entre o colaborador e o delegado de polícia ou entre o colaborador e o Ministério Público. O instrumento vem a Juízo apenas para ficar o colaborador seguro do que foi acordado, das condições estabelecidas, de suas obrigações, dos resultados esperados e necessários para validade do acordo e da concordância dos agentes estatais quanto a esse acordo, além, evidentemente, do controle da regularidade, legalidade da suas cláusulas e voluntariedade” (ENCCLA, 2014, p. 9).

<sup>104</sup> Neste sentido, prevê a independência funcional como um dos princípios institucionais do MP o artigo 127º, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CF/88). Assim que, “os membros do Ministério Público (promotores e procuradores) e os órgãos do Ministério Público (tanto os órgãos individuais quanto os órgãos colegiados, como Conselho Superior ou o Colégio de Procuradores), no exercício da atividade-fim, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não estão obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da própria instituição, no que diga respeito ao que devam ou não fazer. Estamos a referir-nos aqui à plena liberdade no exercício da atividade-fim (se, p.ex., é caso de dar ou não a denúncia, se é caso de pedir condenação ou absolvição, ou de recorrer ou não): nesse ponto é irrestrita a liberdade funcional” (MAZZILI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.226).

prazos prescricionais e regimes de cumprimento e formas de execução de penas por parte do próprio MP<sup>105</sup>.

#### 1.4. Consequências jurídico-penais e processuais penais da colaboração premiada

Neste item serão tratadas diversas consequências jurídico-penais e processuais penais derivadas do procedimento da colaboração premiada, previamente analisado.

Uma das primeiras consequências jurídico-processuais penais da colaboração é o dever do colaborador em renunciar, durante todos os depoimentos que prestar, ao direito ao silêncio – estando, portanto, vinculado ao compromisso legal de dizer a verdade<sup>106</sup>.

Este dispositivo já foi apontado pela doutrina como inconstitucional ao prever a renúncia do colaborador ao direito ao silêncio e sua sujeição ao compromisso legal de dizer a verdade. Isto porque seria uma afronta ao direito fundamental do acusado previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da CF/88, assim como ofensa aos pactos internacionais de direitos humanos adotados pelo Brasil, nomeadamente o Pacto de San José da Costa Rica, no qual consta, em seu artigo 8º, 2, “g”, o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a se declarar culpado. Desta forma colocam Ferreira, Silva e Santos que “a Lei nº 12.850/2013 não teria condão de prever a obrigação da renúncia ao direito ao silêncio, compelindo o réu a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)” já que a “concentração da investigação” no papel do próprio acusado e a transferência das obrigações probatórias burlaria, ainda que indiretamente, a garantia constitucional de não produzir provas contra si mesmo. E que, para mais, não poderia haver essa confusão do réu colaborador com a testemunha, pois o mesmo não pode ser considerado sujeito ativo do crime de falso testemunho previsto no artigo 342 do Código Penal por falta de tipicidade,

---

<sup>105</sup> FATTORI, Thiago Alessandro. Breves considerações acerca da orientação conjunta 1/2018 do Ministério público Federal: a negociação do acordo de colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, ano 312, v.26, 2018, p.11; BRASIL. Ministério Público Federal. *Orientação Conjunta nº1/2018: Acordos de Colaboração Premiada*. Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2019.

<sup>106</sup> Artigo 4º, §14, Lei n.12.850/13

de forma que, “caso o colaborador venha a mentir, a única consequência possível seria a não concessão dos prêmios previstos no acordo”<sup>107</sup>.

Entretanto, não há que se falar em impossibilidade da renúncia à defesa por parte do investigado ou acusado colaborador em razão do disposto no artigo 4º, §14º, da Lei nº 12.850/2013. Afinal, renunciar ao direito ao silêncio é seu direito, já consubstanciado no Direito brasileiro a partir da existência da confissão como circunstância atenuante da pena (artigo 65º, inciso III, alínea *d*, do Código Penal)<sup>108</sup>.

Ademais, sobre o compromisso legal de dizer a verdade, este não é nada menos que condizente com o próprio sistema da colaboração premiada: que prevê a concessão de prêmios para uma colaboração efetiva, a qual depende, portanto, de ser verdadeira. E é por esta razão que a própria Lei nº 12.850/2013 traz em seu artigo 19º que é crime “imputar falsamente, sob o 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”.

Outra consequência da colaboração premiada que ressaltamos neste trabalho é relacionada à figura do acusado ou réu colaborador. Isto porque, apesar de ser apontado esporadicamente pela doutrina que o colaborador merece o benefício não apenas em razão de sua colaboração efetiva, mas também porque esta colaboração (efetiva) implicou em determinado arrependimento por sua parte, ou seja, uma diminuição de sua culpa penal e de sua censurabilidade, há de se atentar que a lei não exige, sobremaneira, qualquer arrependimento. Exige-se, conforme já tratado, tão somente uma colaboração eficiente, sendo que é para a concessão de um ou outro benefício que aí se avaliam a personalidade do colaborador e as circunstâncias, gravidade e natureza do crime cometido<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> FERREIRA; SILVA; SANTOS, 2017, p.213-214.

<sup>108</sup> E, neste sentido, por exemplo, temos um julgado do Tribunal Constitucional da Espanha similar à discussão brasileira. Decidiram neste caso que, apesar da disposição constitucional que ninguém pode ser obrigado a confessar-se de um crime, não há proibição legal para que alguém confesse espontaneamente nem que à esta confissão voluntária se conceda um benefício (ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 75/ 1987, de 25 de mayo*. Disponível em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/el/Resolucion/Show/807>>. Acesso em 20 jan. 2019).

<sup>109</sup> Assim que, por exemplo, já no âmbito das legislações premiaias brasileiras anteriores (Lei nº 9.807/1999), se colocava que “a justificativa para a concessão do perdão judicial ou a aplicação da causa de diminuição da

É por isso então, que discordamos do salientado por Marcos Santos que “a colaboração premiada, por si só, encerra confissão complexa, pois, além de reconhecer a responsabilidade penal, o imputado vai além, disponibilizando informações que permitem, v.g. a identificação dos demais autores ou partícipes, a arrecadação total ou parcial do produto do crime, a prevenção de infrações penais correlatas etc.”<sup>110</sup>. Afinal, o reconhecimento da responsabilidade penal própria, ou seu “arrependimento”, não é exigência legal para a concessão dos prêmios na Lei nº 12.850/2013.

Ademais, a eventual exigência de um arrependimento seria, se não incongruente com o sistema da colaboração premiada, algo dissimulado. Assim reflete Zafaronni a propósito da diferença entre a tradicional desistência voluntária<sup>111</sup> (na qual se desiste do crime antes da consumação) e deste eventual arrependimento posterior no qual

este falso ‘arrependido’ não é mais que um delinquente que negocia um benefício em troca de informação, ou seja, é um delator. O estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço de sua impunidade para fazer justiça<sup>112</sup>.

Outra consequência a ser discutida advém do fato de ser impraticável a concessão do prêmio caso não haja resultado prático que interesse ao Ministério Público da colaboração. Já que o benefício não tem como base “um valor moral positivo, mas sim um objetivo político-criminal”<sup>113</sup>, consistente em conseguir perseguir penalmente com sucesso mais crimes e criminosos da organização criminosa, sua estrutura hierárquica e modo de operação, para além da recuperação de ativos ou preservação da integridade física de uma eventual vítima.

---

pena é, em primeiro lugar, a menor censurabilidade do agente. Com efeito, o agente que se dispõe a colaborar com as investigações assume uma diferenciada postura ética (...). A culpa penal (...) evidentemente é de menor expressão para o acusado que haja buscado um reencontro com as expectativas normativas” (AZEVEDO, David Teixeira. A colaboração premiada num direto ético. *Boletim IBCCRIM*, ano 87, v.7, 1999, p.7).

<sup>110</sup> SANTOS, M., 2017, p.155.

<sup>111</sup> A propósito dos prêmios e ligação com a tradicional desistência voluntária: “Nem mesmo o prêmio dado àquele que se arrepende pode ser considerado imoral ou inusitado em nosso ordenamento jurídico. O artigo 15 do CP prevê, com efeito, a figura da desistência voluntária e arrependimento eficaz (...) são formas, assim, de prestigiar o agente que, com sua conduta, se revela pesaroso pela atitude que perpetrou” (PINTO, 2013, p.27).

<sup>112</sup> ZAFFARONI, 1996, p.59.

<sup>113</sup> FERNANDES; AIRES, 2017, p. 267.

Assim que há a consequência consistente na ausência de controle do colaborador sobre a efetividade de sua colaboração, dado que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador”<sup>114</sup>. Afinal, a eficiência de sua colaboração estará na dependência de outras provas produzidas em contraditório a fim de corroborar quaisquer declarações efetuadas pelo colaborador<sup>115</sup>.

Ressalta-se, também, que esse outro elemento probatório deve ser independente da colaboração premiada, a fim de não ser equiparado ao cruzamento de delações. Nesse sentido, bem nos informa Badaró que

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 (...). 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(...). é uma prova admissível que, contudo, revebe 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 ostentam a mesma debilidade ou inferioridade?<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Art.4º, §16, Lei nº 12.850/2013.

<sup>115</sup> No direito Alemão é prevista a possibilidade jurisdicional de o delatado abrir processo de responsabilização civil do Estado. De relevância justamente para garantir que o depoimento do réu colaborador não seja tomado por si só e não corroborado devidamente com outros elementos probatórios a fim de se instaurar um processo de investigação injusto contra o delatado. Vale apontar, entretanto, que esta reparação civil pelo Estado somente poderá ser avaliada de acordo com as circunstâncias de cada caso em concreto (PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. Tradução por Luís Henrique Machado. *Direito Público*, v. 13, n. 74, 2017, p.37).

<sup>116</sup> BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei 12.850/2013. *Revista Jurídica Consulex*, v. 443, 2015, p.26-29.

Caso emblemático sobre o assunto é o da condenação de João Vaccari Neto, pela 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR a 15 anos e 3 meses de prisão por lavagem de dinheiro. No qual, quando da apelação ao Tribunal Regional Federal da 4ª região (TRF4), houve absolvição já que, apesar das declarações de dois colaboradores (Pedro Barusco e Eduardo Hermelino Leite) no sentido de que João Vaccari Neto teria ciência do esquema criminoso, o Ministério Público não teria apresentado elementos materiais que pudessem corroborar as declarações, nem arrolado testemunhas que poderiam fortalecer o conteúdo probatório. Assim que o mesmo foi absolvido em fase de apelação por “falta de elementos materiais que pudessem corroborar aquelas declarações (...) sob pena de violação ao artigo 4º, §16, da Lei nº 12.850/2013”<sup>117</sup>.

Por fim neste sentido, vale ressaltar que, como colocado por Geraldo Prado, a necessidade de comprovação probatória se põe ainda mais complicada já que, “como não há juizado de instrução no Brasil, o juiz criminal que atua na etapa preliminar da persecução penal não pode ser confundido com um investigador”<sup>118</sup>, fato que tocaria na imparcialidade de plano e essencial do juiz. De maneira que o autor indaga até que ponto novas práticas – como a colaboração premiada – “propiciam a acumulação funcional de competências relevante para comprometer a imparcialidade do juiz”<sup>119</sup>.

Não obstante, outra consequência processual penal da colaboração premiada diz respeito à participação do próprio colaborador no processo penal. Isto porque, devido sua colaboração, esta figura participa no processo penal de duas formas (para além de sua posição como réu em seu próprio processo penal): (i) como testemunha de acusação ou defesa no processo (colaborador testemunha); e (ii) como coautor ou partícipe do delatado pelo Ministério Público<sup>120</sup>. Sendo que, em qualquer uma destas posições, por sua figura de

---

<sup>117</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. *Apelação Criminal n. 5012331-04.2015.04.7000/PR*. Ministro Relator João Pedro Gebran Neto. 27 jun. 2017, p. 292.

<sup>118</sup> PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso lava Jato. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v.24, n.122, 2016, p.142.

<sup>119</sup> PRADO, 2016, p.164.

<sup>120</sup> SOARES, Rafael; BORRI, Luiz Antônio. A readequação dos procedimentos processuais penais em face da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM.*, ano 296, v. 25, 2017, p.15.

investigado/ réu colaborador, conforme já supratratado, deve renunciar ao direito de permanecer em silêncio e prestar o compromisso em dizer a verdade<sup>121</sup>.

Este duplo posicionamento do réu colaborador traz alguns problemas práticos no processo penal, como apontado por Soares e Borri<sup>122</sup>, já que, para os demais corréus delatados existirá uma brecha em sua defesa devido à possibilidade de, a qualquer momento, surgirem novas provas de cunho acusatório por parte dos colaboradores, sem respeito à prevalência da regra que a acusação deve falar primeiro que a defesa no processo. Assim, “cria-se um processo penal com uma eterna fase de atos processuais da acusação, porquanto o Ministério Público, assistente de acusação e, ainda, colaboradores visarão confirmar a tese da peça acusatória, utilizando-se dos momentos processuais destinados tanto à acusação como à defesa”. Afinal, considerando os colaboradores e delatados corréus em um único processo, as defesas de todos esses possuem o mesmo momento processual para manifestação. É, por esta razão, então, que estes autores se manifestam no sentido da necessidade dos réus delatores, quando não estiverem figurando como testemunha, sempre se pronunciarem nos autos com antecedência dos outros acusados.

Neste sentido, de relevância a Apelação julgada pelo Ministro Relator João Pedro Gebran Neto, na qual foram apelantes Luiz Inácio Lula da Silva, Ministério Público Federal, Jose Adelmario Pinheiro Filho, Paulo Tarciso Okamoto e Petróleo Brasileiro AS Petrobras. Nesta apelação é sintetizada a discussão sobre o aparecimento do colaborador no processo penal eventualmente instaurado em face dos delatados. Afirma-se que para o colaborador ainda não denunciado (ou seja, cujo próprio processo penal ainda não foi instaurado) o §12º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 permite que o mesmo seja ouvido

---

<sup>121</sup> Isto pois, outra consequência possível da colaboração premiada efetiva é a instauração de um processo penal em face do delatado, a qual dependeria da justa causa penal como “condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar” (LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.196.). Ou seja, processo este que só poderia ser instaurado com uma colaboração efetiva a partir da corroboração das declarações feitas pelo colaborador.

<sup>122</sup> SOARES; BORRI. 2017, p.15.

por meio de interrogatório no processo penal do delatado, sendo que o colaborador cuja denúncia já tiver sido ofertada será ouvido como testemunha no processo do delatado<sup>123</sup>.

Ademais, apesar de ser entendimento cediço pelo Supremo Tribunal Federal<sup>124</sup> que o sistema brasileiro não admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha ou informante, abre-se a exceção para o corréu colaborador conforme outro julgado deste Tribunal Regional Federal da 4ª região:

OPERAÇÃO LAVA-JATO'. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. PROVA. DEPOIMENTOS. EXCEPCIONALIDADE. UTILIDADE DO PROCESSO. TERMOS DE COLABORAÇÃO ACESSO. PROTEÇÃO POR SIGILO. PERTINÊNCIA COM A DENÚNCIA. JUÍZO INSTRUTÓRIO. COLABORADOR. DEPOIMENTO EM JUÍZO COMO TESTEMUNHA. COMPROMISSO. CORRÉU. DIREITO AO SILÊNCIO. EXCEPCIONALIDADE. LEI Nº 12.850/2013. RÉU. OUTRA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE PERTINÊNCIA MATERIAL. 1. (...) 5. Inexiste direito da parte a termos de colaboração relativos a fatos não pertinentes ao processo em que foi denunciado e protegidos por sigilo. 6. O sigilo sobre os termos de colaboração e documentos de outros processos tem por finalidade proteger a própria investigação, cabendo ao juízo de primeiro grau a adequada ponderação. 7. O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, exceção aberta para o caso de corréu colaborador, conforme Lei nº 12.850/2013. 8. O corréu colaborador poderá depor em juízo, inclusive compromissado em dizer a verdade, seja pela expressa disposição constante no art. 4º, § 14 da Lei nº 12.850/2013, seja para atestar a veracidade de suas declarações e assim fazer valer os benefícios previstos no acordo. 9. Não há impedimento a que réu em outra ação penal sirva como testemunha do juízo, quando os delitos imputados as partes não guardam correlação entre si. 10. Eventual direito ao silêncio do réu tem natureza pessoal e não se mostra agredido

---

<sup>123</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. *Apelação Criminal nº5046512-94.2016.04.7000/Pr*. Ministro Relator João Pedro Gebran Neto. 30 jan. 2018.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP n. 470 Agr*. Ministro Relator Joaquim Barbosa. Dje. 02 out. 2009.

com o testemunho a respeito de fatos imputados em outras ações penais.

11. Ordem de habeas corpus denegada<sup>125</sup>.

Por fim, temos como a maior consequência jurídico-penal da colaboração (desde que efetiva) a concessão dos prêmios acordados. Conforme já tratado, o que vem acontecendo na realidade brasileira é a extrapolação dos limites legais pelas partes do acordo no tocante aos prêmios possíveis, que, em teoria, deveriam se limitar aos dispostos na própria Lei 12850/2013. Entretanto, e em vista do próprio objeto deste trabalho, neste item focaremos apenas nos prêmios que são previstos na referida lei e serão expandidas as regras para concessão de cada um dos prêmios possíveis, já tratadas de forma geral no item anterior sobre o procedimento.

Em primeiro lugar revela-se como regra geral que só podem ser concedidos os benefícios acordados nos casos em que o agente “tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação” e que “dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados”, devendo a concessão desse benefício também “levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”<sup>126</sup>. Assim, como apontado por Pinho

é imprescindível que aquela circunstância humana, ou seja, o fato relevante delatado pelo colaborador e relacionado à atividade da organização criminosa, tenha se verificado na ordem dos fatos, de realizado perante o magistrado avaliador, isto é, se materializado completa e efetivamente”<sup>127</sup>,

já que efetividade teria um padrão moral de avaliação ainda maior que apenas eficácia.

Para a concessão do benefício consistente no não oferecimento da denúncia, ademais, somam-se a estes requisitos a necessidade de o colaborador não ser o líder da organização criminosa e ser o primeiro a prestar efetiva colaboração. O problema reside na

---

<sup>125</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. *Habeas Corpus n. 5036273-16.2015.404.0000*. Ministro Relator João Pedro Gabran Neto. 20 nov. 2015..

<sup>126</sup> regras que são gerais à concessão de qualquer benefício e que estão previstas no artigo 4º, caput, e §1º da Lei nº 12.850/2013.

<sup>127</sup> PINHO, Humberdo Dalla Bernadina. Os benefícios legais da colaboração premiada. *Revista Magister de Direito Penal*, v.14, n.82, 2018, p.60.

aferição de não ser o colaborador o líder da organização, já que além de uma avaliação subjetiva da participação do agente, depende de que se saiba a dimensão exata da organização criminosa, o que, em tese, somente seria possível após o transcurso completo de toda a instrução processual.

E, como aponta Pinho, “o critério da liderança da organização criminosa não pode ser aferido tecnicamente, comparando-o aos representantes de órgãos de caráter lícito, em que a análise de um simples organograma permite dizer quem ocupa os cargos de chefia”<sup>128</sup>. Afinal, possui a organização criminosa uma estrutura muito mais complexa e impenetrável, que depende, por isso mesmo, de mecanismos processuais como a própria colaboração premiada. E, portanto, de um nível probatório muito mais elevado que o existente ainda em fase investigativa e anterior ao oferecimento da denúncia.

Ressalta-se que cabe ao próprio Ministério Público ponderar qual benefício melhor servirá ao caso e se será o caso de conceder o maior deles, ou seja, o não oferecimento da denúncia. E, para esta ponderação e avaliação deverá, consoante coloca Dalla, levar em conta os seguintes requisitos:

- a) o grau de importância do colaborador na hierarquia da organização criminosa; b) o nível de convencimento que a sua contribuição gerou à investigação; c) o risco que o colaborador assumiu ao contribuir com as investigações; d) o prejuízo que aceitou sofrer com eventual necessidade de ressarcimento ou multa; e) a gravidade dos atos que praticou enquanto participava da organização criminosa; f) as circunstâncias dos atos ilícitos praticados; g) os tipos de crimes cometidos, seja pelo colaborador ou pela organização criminosa; h) a repercussão social dos ilícitos cometidos pela organização criminosa; i) a repercussão social da específica participação do colaborador na organização criminosa<sup>129</sup>.

O seguinte benefício mais benévolo a ser concedido é o perdão judicial. Este, diferentemente do anterior, ocorrerá depois de já ofertada a denúncia e após o regular decurso do processo penal quando o colaborador for julgado culpado. Este benefício,

---

<sup>128</sup> PINHO, 2018, p.62.

<sup>129</sup> PINHO, 2018, p.62.

entretanto, não se confunde com o perdão judicial comum do artigo 107º, inciso IX, do Código Penal. Assim, quem concede o perdão judicial regular do Código Penal é o próprio juiz da causa que, apesar de reconhecer todos os elementos para condenar o acusado, não o faz de forma unilateral para evitar um mal injusto ou desnecessário, ao entender que a pena não teria necessidade<sup>130</sup>.

Por outro lado, o benefício consistente no perdão judicial da colaboração premiada depende, inicialmente, do Ministério Público, o qual ofertará uma denúncia cumulada com a proposta de acordo, na qual consta o perdão judicial como benefício. Assim que, para este perdão judicial há uma total bilateralidade, já que depende da negociação, discussão e consenso por parte do Ministério Público – e delegado de polícia se for o caso, do colaborador e do juiz (ao conceder o benefício na fase sentencial).

Este perdão judicial pode ser concedido tanto na fase de investigações quanto durante o processo penal (com ação penal já instaurada e denúncia ofertada). Concretamente, este perdão judicial anterior à denúncia será como uma suspensão do prazo para oferta da denúncia enquanto são cumpridas as medidas negociadas para, decorrido este prazo, ser oferecida a denúncia<sup>131</sup>.

Ademais, apesar de na maioria dos casos ser possível afirmar que o perdão judicial somente poderá ocorrer em sede de sentença, Pinho coloca que

“dependendo do caso concreto, essa sentença (de extinção da punibilidade) não precisa ser proferida exatamente ao final do processo e em conjunto com a sentença (absolutória ou condenatória) correspondente aos demais corréus delatados. Em outras palavras, pode ser que, diante da pouca relevância da sua participação na organização criminosa, ou em virtude da sua enorme contribuição a investigação, os resultados do acordo celebrado com o réu colaborador seja atingidos após

---

<sup>130</sup> Conferir: ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p.153-154.

<sup>131</sup> PINHO, 2018, p.70.

a denúncia, mas antes do término do processo, ensejando, portanto, a possibilidade de uma sentença incidental”<sup>132</sup>.

Por fim, caso entenda-se não ser caso de não oferecimento da denúncia ou de perdão judicial, são possíveis os outros benefícios legalmente. Assim que, ainda não havendo sentença condenatória (ou seja, no caso de acordo de colaboração premiada celebrado antes da sentença), poderá haver redução da pena em até dois terços ou substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. E, no caso de colaboração premiada pós-sentencial, a pena poderá ser reduzida até a metade ou poderá haver progressão do regime sem cumprimento dos requisitos temporais da legislação comum.

Ressaltamos por fim, e de forma não tão aprofundada dado não ser parte do objeto deste trabalho, que os acordos de colaboração premiada também são estendidos para outros campos que não penais quanto aos benefícios concedidos. Desta forma, Franco David aponta que, desde que não infrinja garantias individuais, o acordo pode ser projetado para outras esferas e, por exemplo, atingir uma punição determinada em lei de natureza administrativa. Assim, possibilitar-se-ia a retirada da punição administrativa em prol do próprio interesse público, que, na investigação penal, se mostra maior do que nos casos de punição administrativa. E, por conseguinte,

“sanções como perda de cargo podem ser convertidas em aposentadoria compulsória, assim como ocorre com os abrandamentos e adequações de regimes fechado e semiaberto nas inúmeras homologações realizadas pelo judiciário, até mesmo para se garantir efeitos proporcionais ao colaborador, pois de nada adiantaria um acordo proporcionalmente premiado na esfera penal que permitisse sanções administrativas mais contundentes”<sup>133</sup>.

Ressalta-se, entretanto, que tratando-se de benefícios extra legais, deve ser verificado que os mesmos não sejam vedados por lei e adaptados com precisão ao caso

---

<sup>132</sup> PINHO, 2018, p.71.

<sup>133</sup> DAVID, Décio Franco. Efeitos extrapenais da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*. Nº 313, V. 26, 2018, p.12.

concreto. Neste sentido, por exemplo, seria vedada a concessão de benefício, por meio de colaboração premiada, consistente no não oferecimento da denúncia de crime de improbidade administrativa, ato vedado a partir do disposto no artigo 17º, §1º, da Lei nº. 8.429/1992<sup>134</sup>.

Por conseguinte, termina-se o panorama geral acerca da colaboração premiada. Foram estudadas as principais problemáticas quanto ao conceito, natureza jurídica, procedimento e consequências relativas ao instituto, as quais serão essenciais para adentrarmos, com mais profundidade, nos problemas específicos gerados pela colaboração premiada em relação aos princípios do *nemo tenetur se ipsum accusare*, da legalidade, do juiz natural e da preferência pelas reações não punitivas.

---

<sup>134</sup> SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antônio. A legitimidade do terceiro delatado para discutir o acordo de colaboração premiada em face da concessão de benefícios extrapenais. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, v. 316, 2019, p. 22-23.

## 2. Uma forma de colaboração que suscita problemas específicos

A colaboração premiada, por se tratar de procedimento eminentemente processual que tem como resultados almejados uma alteração penal de cunho substantivo, envolve ambos ramos do direito, processual penal e penal substantivo<sup>135</sup>. Assim que, como tal, traz problemas específicos principiológicos tanto processuais quanto penais.

Por conseguinte, neste capítulo nos tocará a análise sobre a disposição legal da colaboração premiada, conjuntamente com sua aplicação em concreto pelos tribunais brasileiros, a fim de averiguar sua relação com os princípios: do *nemo tenetur se ipsum accusare*, da legalidade, em ambos os sentidos de vigência normativa e persecução obrigatória da ação penal pelos órgãos do MP, do juiz natural ou reserva de juiz e, por fim, da preferência pelas reações não punitivas.

Ressaltamos também que, apesar do trabalho ter seu foque na colaboração premiada conforme o corpo legislativo brasileiro, por estar inserido dentro do programa de mestrado científico da Universidade de Coimbra, não se pode esquecer do ordenamento jurídico português. Ademais, estudar este instituto a partir da perspectiva da ordem jurídica portuguesa também se faz essencial num contexto em que a importação de institutos consensuais como a colaboração premiada parece cada vez mais veemente. Portanto, neste capítulo não apenas serão retratadas as previsões brasileiras destes princípios básicos de um devido processo legal penal, como também as portuguesas a fim de tornar possível também a análise quanto a compatibilidade deste instituto com o Direito Processual Penal português.

---

<sup>135</sup> Neste sentido, Geraldo Prado aponta quanto à justiça consensual (conjuntamente com a prisão preventiva e o uso das medidas cautelares), pela maneira com a qual é aplicada acaba por se tornar concreta “medida penal em sentido material”, já que afeta interesses vitais do imputado de forma irreversível e torna-se verdadeiro substituto da sanção penal (PRADO, 2016, p.138)

## 2.1. Princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*

É a condição do arguido de sujeito do processo penal, e não mais mero objeto do mesmo, que faz com que se tenha de assegurar-lhe uma posição jurídica que permita uma real participação constitutiva no caso concreto, “através da concessão de autónomos direitos processuais, legalmente definidos, que hão de ser respeitados por todos os intervenientes no processo penal”<sup>136</sup>.

Situação processual que, entretanto, não lhe confere o “dever de colaboração na administração da justiça penal”<sup>137</sup>, de modo que o arguido possa escolher entre se calar ou responder a quaisquer questões postas ao longo do processo penal sem que, sobremaneira, seu silêncio seja avaliado como indício ou presunção de culpa<sup>138</sup>.

Assim temos um primeiro panorama geral do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* ou do *nemo tenetur se detegere*<sup>139</sup>, o qual possui o condão geral de garantir que ninguém seja obrigado a contribuir para concretizar sua própria culpabilidade<sup>140</sup> a partir de dois vetores<sup>141</sup>, consistentes no direito ao silêncio e no privilégio a não autoincriminação.

É previsto como direito fundamental na Constituição da República Federativa brasileira no artigo 5º, inciso LXII, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da

---

<sup>136</sup> DIAS, 2004, p.430.

<sup>137</sup> DIAS, 2004, p.448.

<sup>138</sup> Essa, como proposto por Ferrajoli, nada mais é do que a máxima do modelo garantista no processo acusatório, no qual o interrogatório é o principal instrumento de defesa do réu, de modo que, para tanto, deve subordinar-se à uma série de regras, como “a contestação verbal de todos os argumentos e resultados instrutórios e não somente das acusações, a proibição de perguntas tendenciosas e a clareza e univocidade das perguntas, a proibição de qualquer lisonja ou pressão direta ou indireta ao imputado de modo a induzi-lo ao arrependimento e à colaboração com a acusação, (...) e, sobretudo, a liberdade pessoal do imputado, que só é garantida pela igualdade com a acusação, pela seriedade dos depoimentos e pela capacidade de autodefesa” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón (teoría del garantismo penal)*. Madrid: Trotta, 1995, p. 486).

<sup>139</sup> Este princípio não deriva apenas do corpo legislativo nacional brasileiro ou português, como também de acordos e pactos internacionais como o Tratado Internacional de Direitos Humanos (o Pacto de San José da Costa Rica de 1978, ratificado pelo Brasil em setembro de 1992), o qual garante que a pessoa não será forçada a constituir prova contra si mesmo, ainda mais quando esta poderá, posteriormente, ser usada contra si (artigo 8º, item 2).

<sup>140</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.121.

<sup>141</sup> Sobre a divisão deste princípio nos vetores descritos, consultar: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009, p.39.

família e do advogado”. Disposição reforçada no CPP por meio do artigo 186º, o qual prevê que antes de iniciado o interrogatório o juiz informará ao acusado de seu direito de permanecer calado e não responder às perguntas que lhe forem formuladas, bem como, no parágrafo único, que o silêncio não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa<sup>142</sup>.

Já no ordenamento jurídico português há a previsão do artigo 343º do CPP português, sobre as declarações do arguido, no sentido de que cabe ao presidente informá-lo<sup>143</sup> que “tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objeto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo”. Assim que o princípio do *nemo tenetur* vige no ordenamento português sem que sejam levantadas dúvidas sobre sua validade<sup>144</sup>, apesar de ainda faltar unanimidade quanto ao seu alcance e/ou extensão.

Por sua vez, a falta de unanimidade quanto ao alcance no *nemo tenetur* pode ser tida como consequência da falta de seguridade sobre suas fontes, ou seja, sobre qual sua origem. Isto pois, no âmbito português, vigem duas teses acerca da origem do *nemo tenetur*, uma de cunho substantivista e outra processualista. A primeira afirma que o princípio deriva dos direitos fundamentais da pessoa, como a dignidade da pessoa humana, o direito à integridade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, respectivamente previstos nos artigos 1º, 25º e 26º da Constituição da República Portuguesa (CRP)<sup>145</sup>. Por sua vez, a corrente processualista, adotada na doutrina portuguesa, propõe que o princípio do *nemo tenetur* deriva das próprias garantias

---

<sup>142</sup> Entrementes, nota-se que há permissão legal a partir do disposto no artigo 198º do CPP para que o silêncio do acusado possa constituir elemento para formação do convencimento do julgador.

<sup>143</sup> Incluso, se desrespeitado o dever de advertência ao arguido ou réu sobre seu direito ao silêncio, deveria haver uma proibição de prova que impediria a valoração de quaisquer declarações prestadas pelo arguido (a não ser que este ratifique em interrogatório posterior que o dever de advertência tenha sido cumprido). Isto porque, seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja no português o dever de advertência quanto ao direito ao silêncio constitui peça essencial do direito de defesa (DIAS, 2004, p.447).

<sup>144</sup> Neste sentido, conferir: DIAS; ANDRADE, 2009, p.39; e ANDRADE, 2006, p.125; e FIDALGO, Sonia. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.16, n.1, 2006, p.144.

<sup>145</sup> Neste sentido disserta sobre a doutrina alemã: RAMOS, Vânia Costa. Corpus Iuris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista do Ministério Público*, ano 27, n. 109, 2007, p.69-72.

processuais do indivíduo, como o princípio do processo equitativo, o princípio da presunção de inocência e, ainda, como parte tática do próprio direito de defesa<sup>146</sup>.

Ademais, torna-se difícil determinar o alcance do princípio do *nemo tenetur* já que suas duas vertentes (o direito ao silêncio e o privilégio a não autoincriminação) possuem uma tênue distinção: o direito ao silêncio abarcaria apenas quaisquer colaborações do arguido por meio de declarações sobre os fatos que lhe são imputados e o privilégio a não autoincriminação se referiria ao direito geral a não cooperar com o fornecimento de quaisquer meios de provas para a sua incriminação. Assim, o segundo seria um gênero do qual o direito ao silêncio seria uma espécie.

Não obstante sua vigência em ambos ordenamentos jurídicos aqui estudados, o princípio do *nemo tenetur* é passível de restrições, desde que proporcionais, necessárias e previstas legalmente – por constituírem restrições de uma garantia fundamental processual do arguido que consta de mandamento constitucional<sup>147</sup>.

De tal forma, a princípio, a colaboração premiada, ao constituir procedimento processual penal previsto em lei, seria uma exceção permitida ao princípio do *nemo tenetur*. E ressaltamos a expressão “a princípio” já que falta na Lei nº 12.850/2013 o tratamento legal de várias etapas essenciais do instituto que são justamente relacionadas com o interrogatório do colaborador, seja ele ainda mero investigado ou já réu, e o início das negociações para celebração do acordo de colaboração, o que vem a afetar diretamente seu privilégio a não autoincriminação<sup>148</sup>.

Por fim, sobre o princípio do *nemo tenetur* para a colaboração premiada, há um desdobramento ao passo em que concretamente o acordo de colaboração acaba por mitigar o princípio do indúbio pró réu devido ao fim do direito ao silêncio e do privilégio à não autoincriminação (isto porque, como já analisado quando do procedimento, o acordo de

---

<sup>146</sup> Defendendo esta corrente temos DIAS; ANDRADE, 2009, p.41-42; e RAMOS, 2007, p.69. Entretanto, apesar de se filiarem à esta corrente também admitem que o princípio do *nemo tenetur* acaba por proteger de modo reflexivo os direitos fundamentais ditos pela corrente substantivista.

<sup>147</sup> DIAS; ANDRADE, 2009, p.45.

<sup>148</sup> Ademais, a dificuldade quanto á restrição do *nemo tenetur* a partir da colaboração premiada é ainda mais profunda, já que, e como ainda será melhor tratado acerca da legalidade, não há um respeito ao que está disposto na Lei nº 12.850/2013.

colaboração homologado implica no compromisso do colaborador em falar a verdade e renunciar ao seu direito ao silêncio). Desta forma, há que, com maior intensidade, garantir que o juízo de homologação do acordo de colaboração avalie com seguridade se o acordo foi de fato “verdadeiro, voluntário e antecedido de orientação técnica do defensor do acusado” e que, ao final do processo penal contra o colaborador, haja sua absolvição caso, “malgrado o ajuste, estiverem claramente presentes as condicionantes do artigo 397º do CPP”<sup>149</sup>.

## 2.2. Princípio da legalidade e/ou obrigatoriedade

A colaboração premiada traz problemas específicos com relação a cada uma das noções do princípio da legalidade, caso sigamos a conceituação dada pela doutrina portuguesa, ou em relação aos princípios da legalidade e obrigatoriedade, para a doutrina brasileira. Assim que, para este trabalho, abordaremos ambas as noções e os problemas levantados pelo instituto da colaboração premiada, tendo em vista ambos os sistemas jurídicos.

A legalidade normativa é aquela que, no sistema brasileiro, deriva tanto da Constituição Federal de 1988, a qual consagra em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, quanto do Código Penal, o qual logo em seu artigo 1º define que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Este princípio também é vigente no sistema português, a partir dos artigos 18º, nº 2 e 3, e 29º da CRP<sup>150</sup>, somados ao artigo 1º do Código Penal português (CP português)<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> PAULA, Renato Tavares; BRAGA, Priscila dos Santos. Presunção de inocência e acordos criminais. *Boletim IBCCRIM*, ano 26, nº313, 2018, p.13-15.

<sup>150</sup> Assim temos na CRP o artigo 18º: “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; 3- As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. E o artigo 29º: “1- Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior; 2- O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por ação ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos; 3

Além de ser expresso em ambos os ordenamentos jurídicos, o princípio da legalidade também deriva de fundamentos externos, “ligados à concepção fundamental do Estado”, como o princípio liberal, o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes. Assim, aponta Figueiredo Dias:

de acordo com o princípio liberal, toda a actividade intervencionista do Estado na esfera dos direitos, liberdades e garantias das pessoas tem de ligar-se à existência de uma lei e mesmo, entre nós, de uma lei geral, abstracta e anterior (CRP, art.18º-2 e 3). De acordo com os princípios democrático e da separação dos poderes (na sua compreensão actual, onde a separação é pensada nos quadros da interpenetração e da corresponsabilização), para a intervenção penal, com o seu particular peso e magnitude, so se encontra legitimada a instancia que represente o Povo como titular último do *ius puniende*; donde a exigência, uma vez mais, de lei, e na verdade, entre nós, de lei formal emanada do Parlamento ou por ele competentemente autorizada (CRP, art.165º,- a/c)<sup>152</sup>.

Ainda, é em razão desta visão de que não há crime ou pena sem lei prévia que podemos concluir pelo monopólio da função jurisdicional penal do Estado<sup>153</sup>, ou seja, de

---

– Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior; [e] 4- Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido”.

<sup>151</sup> Segundo o qual “1 - Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática; 2- A medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento; 3- Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um fato como crime, definir estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde”.

<sup>152</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral: Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.179-180.

<sup>153</sup> Além da definição do princípio da legalidade faz-se necessária a alocação deste princípio como instrumento de um princípio maior: o da oficialidade. É através da legalidade, ou seja, do exercício obrigatório da ação penal pelo Ministério Público como um órgão estatal, que é possível concretizar a oficialidade e manter o conflito penal “nas mãos” do Estado. Ademais, apesar de não caber ao tema deste estudo, de relevância acentuar a existência do princípio da oficialidade como justificador da apropriação do conflito penal pelo Estado, e da discussão proposta por Nils Christie (*Conflicts of property*) de que a apropriação do conflito pelo Estado priva a possibilidade de uma solução mais benéfica aos envolvidos pelas instâncias sociais. Neste sentido, parece que a limitação do princípio da legalidade e a consequente discricionariedade, ainda que limitada, do Ministério Público para não exercer a ação penal ainda que presentes os pressupostos processuais, possibilitando em alguns casos a solução consensual do processo penal - como por meio da mediação penal de adultos, é relacionada com a ideia proposta por Nils Christie de

que cabe apenas ao Estado “a perseguição e a punição das condutas delituosas” a partir do processo legislativo e a criação de uma lei penal, sendo excluída, portanto, a vingança – *vindicta*, privada<sup>154;155</sup>.

Ademais, o princípio da legalidade também pode ser subdividido em quatro outros subprincípios, essenciais para a compreensão do alcance desta noção e de sua eventual limitação. Temos então os seguintes desdobramentos do princípio da legalidade: (i) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; (ii) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; (iii) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; e (iv) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*<sup>156</sup>.

Para a primeira noção de que *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, são de relevância as imposições de anterioridade da lei penal e irretroatividade da lei penal mais gravosa. Evita-se que sejam violados os direitos fundamentais e a liberdade de qualquer cidadão com a imposição de um crime ou de uma pena não existente ao tempo de sua conduta<sup>157</sup>. Ademais, resulta em uma reserva absoluta da lei que impede que regras jurídicas que não são lei em sentido estrito, apesar de terem o mesmo efeito, como a

---

que a solução pelas instâncias sociais será melhor do que aquela dada pelo Estado em um processo penal regular (CHISTIE, Nils. *Conflicts as Property. The British Journal of Criminology*. v. 17, 1977, p.3-6). Por fim, resta pontuar a possibilidade de superação desta discussão referente ao roubo do conflito caso considerarmos a existência de duas espécies criminosas que devem ser tratadas de formas diferenciadas, seja pelo Estado judicialmente ou de maneira diversa, fora do âmbito judicial, conforme proposto por Cláudia Cruz Santos (SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, Dois Conflitos. E a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 17, n. 3, 2007, p.470).

<sup>154</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça Restaurativa. Um modelo de Reacção ao Crime diferente da Justiça Penal. Porquê, Para Quê e Como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 409.

<sup>155</sup> Nota-se que, apesar de não tratarmos esta concepção de legalidade neste trabalho, a mesma também sofre limitações. Uma das limitações do princípio da legalidade é a própria existência de normas penais em branco, sujeitas à interpretação dos juristas. Outra limitação desta concepção da legalidade é de natureza constitucional e deriva do artigo 8º, nº1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), segundo a qual é possível a aplicação direta de normas de direito internacional, as quais, consoante o disposto no artigo 29º, nº 2, da CRP, constituem exceções ao princípio da legalidade. Ou seja, nestes casos, apesar de não haver norma nacional penal, há a possibilidade de criminalização em razão da existência de previsão no direito internacional. Assim, apesar desta discussão não caber ao presente estudo, sua relevância jurídico-penal lhe confere este espaço. Sobre o tratamento das leis penais em branco, Maria João Antunes (ANTUNES, Maria João. *Problemática Penal no Tribunal Constitucional Português. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, n. 92, 2011, p.19).

<sup>156</sup> Conferir TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 22.

<sup>157</sup> TOLEDO, 1994. p. 22.

medida provisória, sejam utilizadas para definição de crimes e cominação de sanções penais<sup>158;159</sup>.

O segundo subprincípio, do *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, impede a utilização do direito consuetudinário para criação de crimes e penas. Assim, apesar do costume poder estar na origem da lei penal escrita ou vir em auxílio interpretativo desta, nunca poderá por si mesmo criar delitos ou penas<sup>160</sup>.

Temos também a vertente do *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, segundo o qual se proíbe a interpretação extensiva da lei penal *in mala partem*, ou seja, de forma a agravar a situação do acusado ou condenado. Assim, não se permite a incidência desta lei penal dependente de interpretação – como, por exemplo, uma norma penal em branco<sup>161</sup> – sobre situações por ela não reguladas e/ou fundamentando a aplicação ou agravamento de penas ou agravando de qualquer forma a situação do réu ou condenado. Vale lembrar que, no caso português, o próprio Código Penal deixou clara a proibição do uso da analogia, sempre que funcione contra o agente e vise servir à fundamentação ou agravamento de sua responsabilidade, nos termos do artigo 1º, nº 3.

Por fim, temos como último desdobramento do princípio da legalidade o *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. Segundo o qual a lei penal deve ser suficientemente clara e acessível a todos, independentemente de sua formação, permitindo uma interpretação clara e diminuindo o risco de haver injustiça a partir de uma interpretação demasiadamente subjetiva e extensiva<sup>162</sup>.

A princípio, portanto, a Lei nº 12.850/2013 foi um grande avanço na positivação do procedimento penal da colaboração premiada, ao garantir a legalidade de sua aplicação e trazer mais segurança jurídica na defesa dos direitos dos colaboradores e dos delatados. É

---

<sup>158</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal v.1. Parte Geral* – Arts. 1º a 120 do CP. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 55/56.

<sup>159</sup> A própria CF/88, após a Emenda Constitucional nº32, encerrou esta discussão ao dispor no artigo 62º, §1º, alínea *b*, ser vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa ao direito penal.

<sup>160</sup> TOLEDO, 1994, p. 25.

<sup>161</sup> Sobre a lei penal em branco, reflete-se que apesar de sua abertura interpretativa, por constar de lei formal, não há razão para duvidar de sua legalidade (DIAS, 2007, p.185). Sobre as leis penais em branco conferir também ANTUNES, 2011, p.19.

<sup>162</sup> TOLEDO, 1994, p. 28.

por esta razão que Canotilho e Brandão apontam que o princípio da legalidade “deve aqui valer em toda a sua plenitude”, em ambos os planos material e processual. De forma que, respectivamente,

possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa nesse sentido (...) [ e de forma que é] só na lei e com estrita subordinação ao *iter* processual por ela definido, que poderá ancorar-se qualquer solução penal ou processual penal adoptada no processo fundada numa colaboração premiada<sup>163</sup>.

Neste sentido, Canotilho e Brandão também apontam a gravidade, no plano da juridicidade, da realização de transmutação de acordos de colaboração premiadas em “instrumentos normativos inovadores, *paeter* e *contra legem*, violando a reserva de lei do parlamento na definição de crimes e de penas”. Assim que, por exemplo, não podem ser intercambiados os prêmios previstos entre as diversas fases; como, por exemplo, a concessão de uma progressão de regime de execução de pena privativa de liberdade sem ser na colaboração pós-sentencial ou a concessão de um perdão judicial em fase pós-sentencial<sup>164</sup>.

Entrementes, a realidade brasileira mostra outra situação. É o caso da análise dos acordos efetuados no âmbito da operação Lava Jato por Canotilho e Brandão<sup>165</sup>, os quais apontam, por exemplo, a concessão de vantagens sem base legal como a redução da pena de multa, enquanto legalmente apenas há previsão de redução da pena privativa de liberdade e da pena restritiva de direito<sup>166</sup>. Ademais, foram apontados outros benefícios *extra legem* como em alguns acordos que pretendiam uma projeção de efeitos sobre a fase

---

<sup>163</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.25, n. 133, 2017, p.147-148.

<sup>164</sup> CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p.157.

<sup>165</sup> CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p.157ss.

<sup>166</sup> Benefício este que, além de à margem da legalidade, é problemático já que, e como apontado por Figueiredo Dias, “um acordo sobre a medida concreta da pena não pode ser considerado admissível, por que tal significaria uma violação do princípio da culpa e aproximaria de novo o acordo da troca, negócio ou barganha” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p.51.).

executiva da pena de prisão ao marcar o início da execução da pena, fazendo-o coincidir com a assinatura do termo de colaboração premiada ainda que não homologado judicialmente e determinando em que termos se daria a progressão de regime. Por fim, também foram analisados os pactos de algumas vantagens processuais sem qualquer base legal, como a suspensão dos procedimentos, a fim de “poupar os réus colaboradores à acção penal relativa a crimes de objecto de determinados processos e inquéritos policiais pendentes ou futuros”<sup>167</sup>.

Finalizando a noção desta primeira legalidade, que traz a necessidade de que os procedimentos adotados envolvendo a colaboração premiada sigam de forma escrupulosa o cumprimento das formalidades previstas em lei, partimos então para o estudo da outra vertente do princípio da legalidade, também nomeado de princípio da obrigatoriedade na doutrina brasileira.

O princípio da legalidade é vinculado à própria função constitucional do Ministério Público, consoante o artigo 219º da Constituição da República Portuguesa (CRP), segundo o qual compete ao MP “exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”<sup>168</sup>.

Ademais, e reforçando o conceito do princípio analisado, a atuação do Ministério Público a partir do princípio da legalidade está prevista no Código de Processo Penal português<sup>169</sup> e lhe confere duas obrigações: (1) em primeiro lugar, é obrigado a investigar, ou seja, a abrir inquérito, sempre que tenha notícia de um crime e (2) em um segundo

---

<sup>167</sup> CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p.157ss.

<sup>168</sup> Também, “a opção pelo princípio da legalidade da promoção processual penal (o que equivale a afirmar a obrigatoriedade da ação penal, ficando o MP impedido de escolher quem vai ou não ser julgado) resulta de forma inequívoca da CRP (art219), mas também do CPP e do Estatuto dos Magistrados do MP” (SANTOS, Cláudia Cruz. A impossibilidade de o Ministério Público premiar a delação, a obrigatoriedade da ação penal e o princípio da reserva de juiz. *Revista da ESMAL*, n.6, 2017, p.54.).

<sup>169</sup> A atuação do Ministério Público em observância do princípio da legalidade é prevista nos artigos 262, nº 2, e 283º do Código de Processo Penal, segundo os quais, respectivamente: “a notícia de um crime sempre dá lugar à abertura de inquérito” e “se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado um crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público (...) deduz acusação contra aquele”.

momento, deve acusar sempre que tenha indícios suficientes de autoria e materialidade<sup>170;171</sup>.

Neste sentido, é em razão do princípio da legalidade que a atividade do MP desenvolve-se “sob o signo da estrita vinculação à lei (,,) e não segundo considerações de oportunidade de qualquer ordem”, como razões de cunho político ou financeiras<sup>172</sup>.

Destarte, a vigência do modelo de legalidade faz com que o MP não tenha liberdade de apreciação relativamente à decisão de investigar ou acusar apesar de reunidos os pressupostos legais de ditos deveres; não vigorando, portanto, como regra geral, o princípio da oportunidade<sup>173;174</sup>.

Já no caso brasileiro temos uma situação de controvérsia, ainda que para a doutrina majoritária o princípio da obrigatoriedade é vigente e há, portanto, o dever legal do Ministério Público em promover a persecução penal sem empregar quaisquer critérios de conveniência ou oportunidade no exercício da ação penal.

Isto porque, ao contrário do cenário português, não há texto expresso na legislação brasileira que consagre o princípio da obrigatoriedade. Assim que, apesar do entendimento majoritário no sentido de sua vigência, ainda há autores que sustentam que o Ministério Público não está obrigado ao oferecimento da denúncia. Neste sentido, Silvério Júnior<sup>175</sup> sustenta que a consagração da independência funcional do Ministério Público na Constituição Federal conjuntamente com a ausência constitucional de previsão sobre a obrigatoriedade e a possibilidade constitucional da ação penal subsidiária (artigo 5º, inciso

---

<sup>170</sup> Desta forma, conforme proposto por Jorge de Figueiredo Dias (1974, p. 126), “não há, pois, qualquer juízo de oportunidade sobre a promoção e prossecução do processo penal, antes esta se apresenta como um dever para o MP, uma vez dada as seguintes condições [as quais, como condições gerais processuais permanecem válidas ainda hoje]: a) existência de pressupostos processuais (competência) e inexistência de obstáculos processuais (imunidade); b) punibilidade do comportamento segundo o direito penal substantivo; c) conhecimento da infração ou prova bastante que fundamentam a acusação”.

<sup>171</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.227.

<sup>172</sup> DIAS, 2004, p. 126-127, grifo nosso.

<sup>173</sup> Importante notar que essa conclusão não é definitiva, já que, devido a existência de mais casos do que o orçamento existente e necessário para a investigação e persecução penal, o MP, dentro do princípio da legalidade, e em conjunto com as atividades policiais, faz certa seleção a fim de determinar quais casos serão investigados e acusados. Entretanto, esta seleção não é realizada por critérios completamente arbitrários, devido à existência de programas de natureza política-criminal. Vide nota de rodapé nº 179.

<sup>174</sup> CAEIRO, 2000, p.32.

<sup>175</sup> SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. *Opinio Delicti*. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p.165-170.

LIX da CF/88) tornam com que seja impossível estarem os membros do MP obrigados ao oferecimento da denúncia. Também neste sentido, Gazoto<sup>176</sup> propõe que a titularidade privativa da ação penal pública que atribuí a CF/88 ao Ministério Público não é ocasional e faz com que seja “necessária a interposição de um órgão independente, com poderes de filtragem no mecanismo punitivo, objetivando a efetiva produção de resultados”; de forma a serem os membros do MP verdadeiros agentes políticos que podem e devem avaliar o interesse e utilidade da promoção da ação penal pública.

Entrementes, válida é a posição da doutrina majoritária. Assim, infere-se o princípio da obrigatoriedade a partir do artigo 24º do CPP, segundo o qual

nos crimes de ação penal pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

E, como coloca Tourinho Filho, o princípio da obrigatoriedade “é o que melhor atende aos interesses do Estado (...) dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação deve promovê-la (sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social)”<sup>177</sup>.

Esta conclusão é reforçada a partir do disposto no artigo 28º do CPP, no qual se permite o controle da promoção da ação penal por parte do Ministério Público. Assim, se o juiz considerar improcedente a fundamentação do Ministério Público para arquivar o inquérito policial ou qualquer peça de informação – não oferecendo a denúncia, portanto – poderá remeter o caso ao Procurador-Geral da República para que este ofereça a denúncia ou designe outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistir no arquivamento definitivo, ao qual estará submetido o juiz.

Entrementes, ainda há o posicionamento no sentido de que vige a obrigatoriedade no sistema processual penal brasileiro conjugada com uma oportunidade regrada. De forma

---

<sup>176</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público*. São Paulo: Manole, 2003, p.112-116.

<sup>177</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.333.

que o titular da ação penal pode não exercê-la nas situações em que razões de interesse público o autorizem, como, por exemplo, nos casos de inutilidade da sentença condenatória por inevitabilidade da prescrição retroativa, excesso de demanda dos serviços judiciários com a necessidade de eleição de prioridades na formulação de acusações, ausência de justa causa penal, análise da necessidade e proporcionalidade a partir do princípio da insignificância etc.<sup>178;179</sup>.

Este pensamento é congruente, por sua vez, com a ideia criminológica de que é impossível obter-se um *full enforcement*, ou seja, que não é possível, concretamente, que se criminalizem, investiguem e persigam processualmente todas as ações criminosas<sup>180</sup>. Não tão somente, mas também com a ideia sobre a concreta impossibilidade de se reprimir toda manifestação criminosa com a mesma maneira e peso<sup>181</sup> e, assim, com o mesmo grau de eficiência<sup>182</sup>.

Esta realidade também é reconhecida pela existência das nomeadas “cifras negras”, ou seja, as situações que se enquadram nas definições da lei penal e, mesmo assim, são deixadas às margens do sistema. As cifras negras, assim como apontado por Hulsman<sup>183</sup>, derivam do fato de serem recorrentes os casos nos quais as vítimas não denunciam os fatos

---

<sup>178</sup> MARQUES, 2014, p.49-50.

<sup>179</sup> Não somente no sistema brasileiro, mas também no português. Desta forma, Fernando Fernandes analisa sobre o processo sumaríssimo que “a especificação no requerimento da pena concreta proposta pelo ministério público é considerada como medida indispensável para a caracterização do espaço, face à necessidade do conhecimento pelo arguido a esse respeito, para os fins de poder decidir sobre a aceitação ou não do rito. A bem da verdade, esse requerimento acaba por se traduzir, na prática, num misto entre a acusação e a sentença, decorrentes de uma avaliação prognóstica feita pelo Ministério Público sobre a pena a ser imposta no caso concreto” (FERNANDES, FERNANDO. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p.461).

<sup>180</sup> GUARIGLIA, Fabricio O. Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. *Doctrina Penal: teoría y practica en las ciencias penales*, año 13, 1990, p.185.

<sup>181</sup> Neste sentido, antes de uma efetiva limitação do princípio da legalidade e ainda dentro de seus parâmetros, fundamental, em Portugal, a existência da Lei quadro de Política Criminal nº 17/2006 de 23 de maio, a qual determina por um conjunto de orientações quais são os crimes de investigação prioritárias dada a insuficiência de meios para investigar toda notícia recebida pelo Ministério Público. Ademais, e ainda nos conformes do princípio da legalidade, o Ministério da Justiça dispõe de prerrogativa de apresentar as prioridades da política criminal ao Conselho Superior do Ministério da Justiça, em um modelo próprio de gestão de prioridades, consoante o Estatuto do Ministério Público (TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 2006, 21).

<sup>182</sup> SANTOS, 2014, p.419.

<sup>183</sup> HULSMAN. Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luan Editora, 1993, p.65.

puníveis aos órgãos policiais, os quais, por sua vez, não transmitem todos os fatos que lhe são comunicados ao Ministério Público e este, enfim, “longe de mover processos em relação a todos os fatos que lhe são submetidos, arquiva a maior parte”.

A consequência concreta da impossibilidade de persecução penal de toda a notícia de crime por parte do Ministério Público, como detentor da ação penal, é a criação de programas de seleção e discricionariedade real. Sendo que a impossibilidade de *full enforcement* é tão concreta e cotidiana que tornam estas atitudes de discricionariedade, necessárias para determinar quais ações, dentro do orçamento e tempo existentes, serão investigadas e, posteriormente, acusadas, algo cotidiano, representando, nas palavras de Cláudia Cruz Santos, “a regularidade estrutural do Estado penal”<sup>184</sup>.

Por esta razão é que a impossibilidade do *full enforcement* se torna motivo de limitação ao princípio da legalidade: para que seja possível a vigência de critérios legais que permitam que o Ministério Público fuja aos deveres de investigação e acusação ainda que presentes os pressupostos legais. De modo que se abra a possibilidade dos juízos de oportunidade sem se esquecer de que, em regra, continua a vigorar a legalidade e, por isto mesmo, a própria discricionariedade do detentor da ação penal deve ser enraizada nos princípios gerais do direito<sup>185</sup>.

Ou seja, em razão do obstáculo concreto que é a impossibilidade de investigar e perseguir todos os casos que ingressam no sistema, são implementados mecanismos de seleção revestidos em um caráter formal que outorgam discricionariedade, seja de forma tácita ou expressa, ao Ministério Público. Em um verdadeiro caso no qual o princípio da oportunidade espreita-se perante as brechas do princípio da legalidade<sup>186</sup>.

Ademais, seja no caso brasileiro ou português, vivenciamos um processo histórico de abertura deste princípio da obrigatoriedade ou legalidade<sup>187</sup> a partir de espaços de

---

<sup>184</sup> SANTOS, 2001, p.256.

<sup>185</sup> SANTOS, 2001, p.256.

<sup>186</sup> GUARIGLIA, 1990, p.185.

<sup>187</sup> Não somente para os nossos sistemas processuais penais. Afinal, de modo geral o princípio da oportunidade é apenas consagrado no sistema da *common law*, sendo muito perceptível no caso dos Estados Unidos da América, onde vigora a máxima da oportunidade da ação penal e, portanto, o *prosecutor*, como detentor da ação penal, pode julgar oportuna ou não a necessidade de acusação, podendo, por exemplo,

oportunidade que derivam da legalização de meios de consenso, conciliação e/ou desjudicialização<sup>188</sup>.

Já há uma década Figueiredo Dias vislumbrou este movimento e colocou como exigência, em razão do incremento da “mancha de criminalização”, uma

política-criminal renovada, que deve proceder, progressiva e rapidamente, a uma integração – isenta, na medida do possível, de contradições – da exigência que chamei de consensualidade num sistema processual novo. *Num sistema onde haja lugar para uma justiça desperta para os critérios objetivos de oportunidade social (...) para a necessidade de obtenção de consenso possível entre os interessados no conflito em vista do funcionamento óptimo do sistema*<sup>189</sup>.

Também neste sentido, aponta André Santos que passam a emergir estes afloramentos do princípio da oportunidade, convenientes desde que de uma forma regrada e regulada por lei, a partir de soluções de consenso ou de diversão

que [promovem], além da celeridade, de evitar a estigmatização e a cerimonia degradante do julgamento, de promover o convencimento do condenado de que errou e que vale a pena retomar o caminho de retorno não só às normas, mas também à sociedade – ressocialização<sup>190</sup>.

---

proceder a *plea bargaining* antes mesmo de iniciado um processo penal (ALBERGARIA, Pedro Soares. Processo Sumaríssimo: lembranças de um instituto esquecido. *Direito e Cidadania*, v. VIII, n.26, 2007, p.22). Neste sentido, por exemplo, há um movimento de “desformalização” a partir de inovações legislativas e desencolvidos extra-legais na Alemanha que substitui “as apertadas regras do processo penal alemão por um processo orientado para um entendimento entre os sujeitos processuais”, o qual passa a valer, mais que para a pequena e média criminalidade, para a grande criminalidade a partir da possibilidade de acordos entre o arguido e o órgão acusador que restringem a legalidade (ROXIN, 2009, p.389).

<sup>188</sup> A desjudicialização, conforme proposto por José de Faria Costa, tem de ser entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal: isto é, “de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento (...) que tenham lugar antes da determinação ou declaração da culpa, ou depois da determinação da culpa” (COSTA, José de Faria. *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos? Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLI, ano 1985, p. 106).

<sup>189</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O processo penal português. IN: MONTE, Mário Ferreira (org) et al. *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.841-845.

<sup>190</sup> SANTOS, André Teixeira. Do processo Sumaríssimo. *Do Direito*, v.137, n. I, 2005, p.143.

Entretanto, essa margem de discricionariedade concedida ao Ministério Público por meio da abertura de espaços de oportunidade em um ambiente onde reina a legalidade, apesar de ser positivo ao possibilitar a busca de “soluções que permitam uma otimização dos interesses subjacentes à diversão (intervenção mínima, não estigmatização do agente, economia processual)”, como a partir das soluções para pequena e média criminalidade brasileiras e portuguesas<sup>191</sup>, deve ocorrer de forma que continue a vigorar o princípio da legalidade e, por conseguinte, não sejam prejudicadas “as exigências de prevenção e a defesa de bens jurídicos queridas pelo povo e plasmadas nas Leis da República”<sup>192</sup>.

Ademais, importante constar o fato de que, como analisado por Pedro Caeiro, os casos portugueses em que há a limitação do princípio da legalidade, como os de processo sumaríssimo, dispensa de pena e penas alternativas, são mais relacionados ao princípio da legalidade do que ao da oportunidade, visto que em todas as situações a “discricionariedade” (se é que a podemos chamar assim) do Ministério Público deriva de instrumentos legais<sup>193;194</sup>.

De forma que, ao analisarmos a colaboração premiada, a princípio chegamos a conclusão que é um espaço de oportunidade regrada que, por ter um procedimento definido e instituído em lei, não geraria maiores problemas ou conflitos com o fato de que impera o princípio da obrigatoriedade.

Neste sentido, Zilli coloca que

ainda que as últimas reformas da legislação processual tenham indicado algumas aproximações com o modelo adversarial, não é possível subsumir o processo penal nacional áquele rótulo. De fato não há plena autonomia

---

<sup>191</sup> Neste sentido, por exemplo, temos os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo na legislação brasileira e, no caso português, a suspensão provisória do processo, o arquivamento em caso de dispensa de pena, o processo sumaríssimo e a mediação penal de adultos.

<sup>192</sup> CAEIRO, 2000, p.47.

<sup>193</sup> CAEIRO, 2000, p.39.

<sup>194</sup> Ainda neste sentido, CALADO afirma que “a legalidade da oportunidade, ou seja, a oportunidade controlada, oportunidade regulada, parece somente consubstanciar-se no facto de ser a lei quem determina o caminho, apesar de esse caminho poder ocorrer por mais do que uma via, legalmente estatuídos, verificados os necessários e respectivos pressupostos”; de tal maneira que “a oportunidade é evidenciada como a faculdade concedida legalmente de possibilitar um espaço de escolha por parte do intérprete” (CALADO, António Marcos Ferreira. *Legalidade e oportunidade na investigação criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.46-47)

das partes na gestão do destino da persecução penal, assim como no desenvolvimento da atividade probatória. Até mesmo a incorporação de espaços para os acordos foi introduzida em uma espécie de gestão controlada de conteúdo e formas<sup>195</sup>.

Entretanto, em nossa opinião essa colocação é uma crença sem fundamentos no caso da colaboração premiada. Isto porque, para este argumento se sustentar o procedimento da colaboração premiada deveria ser previsto de uma maneira exaustiva na lei e seguida metodicamente pelos sujeitos processuais. E, como já foi analisado neste trabalho, nenhuma destas circunstâncias condiz com a realidade brasileira.

Assim que, pela própria estrutura da colaboração premiada, acaba por haver, nas hipóteses de comparticipação (que ocorrem na maior parte dos casos ao tratarmos de casos de criminalidade eminentemente organizada), uma escolha feita pelo Ministério Público entre “os arguidos que vão ser julgados e que por isso podem ser condenados a uma pena e aqueles outros que ficam imunes a tal intervenção punitiva porque colaboram no sentido da responsabilização dos restantes, apesar da existência de indícios de sua própria responsabilidade”<sup>196</sup>. E este ponto, em um contexto de criminalidade grave e de investigação mais completa, justamente torna ainda mais necessária a avaliação da matéria de fato provada pelo tribunal competente a fim de, aí sim, “ponderar a existência (ou não) de necessidades preventivas que tornem indispensável (ou não) a condenação”<sup>197</sup>.

Desta forma, tornar-se-iam problemáticas as seguintes situações de colaboração premiada: (i) na qual não seguissem a regra legal da terceira e quarta fase da colaboração, ou seja, que não houvesse uma concreta avaliação da efetividade por parte do juiz competente e sentença após decorrido o processo penal; (ii) nos casos em que o Ministério Público optasse pela concessão do prêmio consubstanciado no não oferecimento da denúncia quanto a algum colaborador; e (iii) nas situações em que o Ministério Público premia um colaborador e não outro em detrimento do fato de ambos estarem sendo acusados das mesmas ações criminosas e/ou envolvidos na mesma organização.

---

<sup>195</sup> ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.25, n.300, 2017, p.3.

<sup>196</sup> SANTOS, 2017, p.55.

<sup>197</sup> SANTOS, 2017, p.64.

Neste sentido, temos que, apesar do avanço na proteção aos direitos fundamentais com a previsão legal da colaboração premiada, é um procedimento previsto de uma maneira muito geral e com espaços de abertura extremamente largos. Para ilustrar, falta clareza sobre a publicidade, total ou parcial, do acordo de colaboração, principalmente sobre o acesso do delatado ao mesmo; acerca de como será o colaborador ouvido posteriormente, tanto em suas declarações para a colaboração quanto em um eventual processo instaurado em face do delatado; se os prêmios previstos na legislação são um catalogo exaustivo ou exemplificativo (ao que nos posicionamos no sentido de ser exaustivo) etc.

Ademais, apesar da previsão de controle jurisdicional a partir da homologação do acordo de colaboração, na prática o mesmo é tímido em razão de uma confiança exacerbada na justiça do Estado e do Ministério Público. Isto é o que acontece, por exemplo- e por analogia – com a *plea bargaining* que está sendo importada ao Brasil, dos Estados Unidos da América. Marcos Santos aponta que a própria Suprema Corte estadunidense possui essa crença e essa confiança em demasia ao afirmar que “a atuação da promotoria seria estritamente técnica, gozando de presunção de correção” quando, na realidade, há muitos casos em que o investigado é compelido a celebrar acordos de cooperação ainda que o amparo probatório não se mostre robusto, reforçando-se a ideia de *prosecutorial discretion*<sup>198</sup>.

Outro exemplo desta extrapolação da oportunidade regrada que é aberta com a colaboração premiada como espaço de consenso é a partir da análise dos acordos feitos no âmbito da Operação Lava Jato, homologados judicialmente. Análises de Moraes e Bonaccorsi que há uma confusão entre os acordos de colaboração premiada e os de leniência, já que “o denominado termo de leniência se transveste de delação premiada, no âmbito penal” ao conter cláusulas nas quais o Ministério Público Federal se compromete a não denunciar prepostos, dirigentes ou acionistas das empresas dos colaboradores”, sendo que tal possibilidade não está amparada na Lei anticorrupção e se encontra fora do escopo da Lei da Livre Concorrência. De forma que “a colaboração premial é tratada de forma subjetiva” com benefícios e prêmios não previstos legalmente e tratados de forma

---

<sup>198</sup> SANTOS, M., 2017, p.139.

discricionária, criando uma confusão entre ambos os acordos que, conjugada com prisões preventivas por longos períodos, “retira um elemento essencial ao acordo, que é a boa fé objetiva, a autonomia da vontade e a livre escolha dos colaboradores”<sup>199</sup>.

### 2.3. Princípio da reserva de juiz ou do juiz natural

O princípio da reserva de juiz, também comumente nomeado de juiz natural pela doutrina brasileira, decorre da exigência de uma “separação estrita entre quem investiga e acusa, por um lado, e quem julga por outro”, como um garante dos direitos fundamentais das pessoas que são confrontadas com o exercício do poder de punir do Estado<sup>200</sup>.

Ou seja, surge este princípio como um dos pilares de sustentação para o sistema processual penal acusatório, vigente tanto no Brasil quanto em Portugal, ainda que com algumas derrogações legais<sup>201</sup>.

Afinal, é essência do sistema acusatório a atuação em separado das três figuras principais: o juiz como órgão imparcial de aplicação da lei a ser provocado, o autor ou órgão público responsável pela acusação e o réu, mais que mero objeto do processo, um sujeito que exerce seus próprios direitos e garantias. De forma que, neste sistema, o juízo

---

<sup>199</sup> MORAIS, Flaviane; BONACCORSI, Daniela. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. *Revista brasileira de ciências criminais*, v.24, n.122, 2016, p.110.

<sup>200</sup> SANTOS, 2017, p.56.

<sup>201</sup> A definição do sistema penal é realizada tomando por base uma característica dominante do mesmo, mas, na prática, muito influí para que não seja indiscutível. Como será discutido, por exemplo, a própria colaboração premiada, ou até mesmo demais soluções de diversão e desjudicialização, podem ser tomadas como brechas no sistema acusatório que mitigam o papel de cada uma das figuras que o sustentam. Conferir, neste sentido, Nucci, que considera o sistema brasileiro misto (inquisitivo-acusatório) já que apesar dos princípios legais norteadores terem natureza acusatória (ampla defesa e contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz etc.), o corpo legislativo processual penal introduz soluções tanto acusatórias quanto inquisitórias (NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.13). Por outro lado, Aury Lopes Júnior e Coutinho inferem que, em razão dos dispositivos legais que concedem poderes instrutórios ao juiz, o sistema brasileiro seria essencialmente inquisitivo (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios do Direito Processual Penal. Separata ITEC*, ano 1, n. 4, 2000, p.3; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.135 ). Entretanto, devemos considerar que essa concessão de alguns poderes instrutórios ao juiz pode ser interpretada também de uma forma positiva, já que um juízo completamente inerte poderia muito mais conviver com condenações com insuficiência defensiva ou probatória; de maneira que esses poderes probatórios dados ao juiz seriam uma maneira de efetivar, em último plano, o devido processo legal.

deixa de reunir as funções acusatória e julgadora e passa a ser apenas um decisor imparcial ao não ter a responsabilidade de recolher evidências ou mesmo de interpor solicitações<sup>202</sup>.

Portanto, temos o princípio do juiz natural como uma consequência deste sistema acusatório. Um modelo que demanda regras de competência previamente estabelecidas por lei, uma imparcialidade que vai além da impossibilidade de “pré-julgamentos” e abrange a consciência do juízo da separação de funções como elemento essencial para um julgamento justo, a impossibilidade de uma condenação nos casos em que o detentor do poder acusatório (Ministério Público) pede a absolvição, o respeito aos requisitos da acusação e a garantia da contenção da ilegalidade<sup>203</sup>.

No sistema legal brasileiro o princípio do juiz natural é garantido constitucionalmente a partir da previsão do artigo 5º, inciso LIII e XXXVII, respectivamente responsáveis pelos mandamentos de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e que são proibidas as criações de tribunais de exceção.

Já no sistema português o princípio do juiz natural deriva dos artigos 31º, nº 9, e 203º da CRP, os quais, respectivamente, determinam que “nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior” e que “os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”<sup>204</sup>.

E, para a garantia do juiz natural – a qual visa em última instância a imparcialidade do julgador, além da exigência de predefinição legal do órgão competente para julgar, há também de haver uma predefinição do juiz que atuará neste órgão, com “regras legais,

---

<sup>202</sup> LOPES JÚNIOR, 2012, p.133.

<sup>203</sup> LOPER JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. Aveiro: Artipol, 2016, p.165-169.

<sup>204</sup> Ressaltamos também a existência de derrogações nestas determinações constitucionais. Neste sentido, postula Figueiredo Dias que, caso entendêssemos de forma literal o mandamento do artigo 31º, nº 9, da CRP, perderíamos de vista a própria razão de existência do princípio do juiz natural, isto porque este “não obsta a que uma causa penal venha a ser apreciada por tribunal diferente do que para ela era competente ao tempo da prática do facto que constitui o objeto do processo; só obsta a tal quando, mas também sempre que, a atribuição de competência seja feita através da criação de um juízo *ad hoc* (isto é, de exceção), da definição individual (e portanto arbitrária) da competência, ou do desaforamento concreto (e portanto discricionário) de uma certa causa penal, ou por qualquer outra forma discriminatória que lese ou ponha em perigo o direito dos cidadãos a uma justiça penal *independente e imparcial*” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o sentido do princípio jurídico-constitucional do juiz natural. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 111, n. 3615, p.86).

claras e precisas, definindo o procedimento de designação dos integrantes de cada órgão, de modo a garantir a independência e a imparcialidade”<sup>205</sup>. Por conseguinte, a necessidade de regras prévias de determinação tanto da pessoa que irá exercer a jurisdição em determinado órgão competente, quanto critérios de nomeação e substituição<sup>206</sup>.

De qualquer forma, são muitos os desdobramentos acerca do que se quer proteger com o princípio do juiz natural, havendo consenso sobre, ao mínimo, uma dupla garantia: a proibição de juízo ou tribunal de exceção e o julgamento por autoridade competente pré-determinada<sup>207</sup>. Ademais, outros itens de relevância incluem, como ensinado por Ferrajoli, a inderrogabilidade e a indisponibilidade das competências<sup>208</sup>.

Portanto, temos que este princípio é, como apontado por Canotilho e Brandão,

imprescindível para a salvaguarda da confiança comunitária no sistema de justiça penal, defendendo-o de manipulações arbitrárias na designação do juiz da causa que comprometam a isenção e imparcialidade que devem constituir a marca-de-água do múnus judicial e assim a própria realização da justiça do caso<sup>209</sup>.

E, neste sentido, é um ponto de partida, a partir do qual são garantidos os demais direitos fundamentais<sup>210</sup>, reforçando a ideia inicial trazida no início deste item conforme as proposições de Jorge de Figueiredo Dias sobre a vinculação deste princípio à estrutura do Estado Democrático e de Direito e ao sistema acusatório.

Já com o foque neste trabalho o problema quanto ao princípio do juiz natural deriva do fato de que, apesar de natural o processo histórico de concessão de poderes ao

---

<sup>205</sup> BADARÓ, Gustavo. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.112, n.20, 2015 (a), p.175.

<sup>206</sup> BADARÓ, 2015 (a), p.179.

<sup>207</sup> Neste sentido, conferir: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio do juiz natural e a sua dupla garantia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p.22; DIAS, 2004, p.326.

<sup>208</sup> FERRAJOLI, 1995, p.590.

<sup>209</sup> CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p.149.

<sup>210</sup> SANTOS, 2017, p.58. Ademais, Cláudia Santos reflete, ainda mais recentemente, que “nesta matéria, da exigência de uma separação estrita entre quem investiga e acusa, por um lado, e quem julga, por outro, decorre a atribuição ao juiz, cada vez com maior intensidade, de um papel de garante dos direitos fundamentais das pessoas confrontadas com o exercício do *ius puniendi* estadual (SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*. Coimbra: Almedina, 2018, p.97).

Ministério Público em detrimento da reserva de juiz, conforme pontuado por Cláudia Cruz Santos,

todas estas hipótese de alargamento dos poderes do Ministério Público em detrimento dos poderes de um juiz só são cabidas em contextos que se pretendem não conducentes a uma agravação da posição do arguido e ante a um seu tendencial favorecimento<sup>211</sup>.

Portanto, nos cabe analisar qual é o caso em questão, ou seja, de que forma pode haver uma limitação negativa do princípio do juiz natural, prejudicial aos direitos fundamentais e capaz de gerar uma agravação da situação do arguido.

Neste sentido, Canotilho e Brandão afirmam que, no tocante a Lei nº 12.850/2013, só haverá uma conformidade constitucional com o princípio do juiz natural caso o tribunal competente para a homologação do acordo de colaboração premiada e, posteriormente, para a efetivação das vantagens convencionadas, tiver um “real poder decisório sobre a outorga dos benefícios penais que constem de tal acordo”. De tal maneira que, se na prática “a obtenção de um regime punitivo de favor decorrer exclusiva e materialmente do pactuado entre Ministério Público e réu, será manifesta a afronta à máxima da jurisdicionalidade em sede da aplicação e execução de penas”<sup>212</sup>.

Assim, há manifesta afronta ao princípio do juiz natural no fato de que, ao homologar o acordo, o magistrado já está realizando um juízo preliminar da acusação e minando sua própria possibilidade em rejeitar a denúncia e aplicar a absolvição sumária (nos termos dos artigos 395º, incisos I e III, e 397º, incisos I à III, do CPP) e mesmo em absolver sumariamente consoante o artigo 386º, incisos I à VII, do CPP, ou seja: estar provada a existência do fato, não haver prova da existência do fato, não constituir o fato infração penal, estar provado que o réu não concorreu para a infração penal ou não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.

Isto pois, como pontuado por Daniel Cid,

---

<sup>211</sup> SANTOS, 2017, p.58.

<sup>212</sup> CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p.152.

Se os requisitos legais do acordo são os mesmos requisitos obrigatórios da denúncia e o próprio magistrado exerce um poder de controle na homologação desse acordo, a lei obriga o magistrado a receber a denúncia ou, sob outro ponto de vista, ao menos, impede que o magistrado rejeite a denúncia pela ausência de algum dos requisitos que ele mesmo já homologou como satisfeitos. (...) Como o juiz irá rejeitar a denúncia e absolver sumariamente o réu dizendo que o fato narrado não constituiu crime’, sendo que na homologação do acordo ele próprio já aceitou os fatos narrados como descrição típica do ilícito<sup>213</sup>.

E este raciocínio segue por uma via de mitigação do princípio do juiz natural ao considerarmos quer a tese de que o juiz é vinculado ao acordo homologado, quer a tese de que não há vinculação ao acordo homologado em sede de sentença. No primeiro caso o mesmo, vinculado ao acordo homologado inicialmente apenas em vista de sua regularidade, legalidade e voluntariedade, não poderia exercer livremente sua imparcialidade durante o devido processo legal. Por sua vez, no segundo caso, ainda que não haja uma violação direta do princípio do juiz natural, já que o mesmo ainda teria o poder de avaliar as provas acerca da acusação feita ao colaborador e julgar o mérito, haveria uma violação indireta “a partir da mitigação da imparcialidade desse juiz natural” em razão do fato do mesmo já ter tomado uma posição clara no processo.

Por esta razão Daniel Cid coloca que o juiz responsável pela homologação do acordo de colaboração premiada deveria ser “impedido de prosseguir na condução do processo por falta de um dos elementos básicos do *due process of law*”, qual seja, sua imparcialidade, por estar absolutamente contaminado e comprometido com os termos do acordo. Sendo uma solução paliativa o envio do acordo de colaboração premiada para outro magistrado distante da causa, de maneira que a homologação do acordo ou seria vista como procedimento incidental ao processo penal ou um procedimento semelhante ao que ocorre com a transação penal (na qual, após o oferecimento e aceitação da mesma, há uma

---

<sup>213</sup> CID, Daniel Del. A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional. *Boletim IBCCRIM.*, ano 276, v. 23, 2015, p. 16.

sentença homologatória por parte do juiz, da qual cabe recurso de apelação, nos termos do artigo 76º da Lei nº 9.099/1995)<sup>214</sup>.

Outro fator que mitiga o princípio do juiz natural é a possibilidade do não oferecimento da denúncia como prêmio constante no acordo de colaboração premiada. Afinal, nestes casos a homologação judicial do acordo seria “totalmente dispensável porque estéril”<sup>215</sup> ao considerarmos que, independentemente da homologação, a decisão final sobre o não oferecimento da denúncia estaria nas mãos do próprio Ministério Público. Não há sentido em haver homologação do acordo de colaboração premiada, como um filtro para uma posterior averiguação dos resultados obtidos pelo acordo em sede de sentença, se não haverá uma sentença; ou seja, se quem irá avaliar se houve ou não o resultado efetivo do acordo será o Ministério Público ao optar ou não pelo não oferecimento da denúncia.

E é justamente o prêmio consubstanciado na possibilidade de o Ministério Público, em seu livre discernimento (e ainda que em uma discricionariedade vinculada), não acusar o colaborador que traz um dos grandes empecilhos ao cumprimento do devido processo legal e às garantias quanto aos princípios da obrigatoriedade (ou legalidade no sentido da persecução obrigatória) e do juiz natural. Já que esta hipótese premial diferencia-se substancialmente, por exemplo, da colaboração prevista a partir da atenuação especial da pena nos crimes de corrupção (artigo 374º-B do CP português), na qual cabe ao juiz competente, ao final do processo, analisar o auxílio concreto e voluntário do arguido na obtenção ou produção de provas para identificação ou captura de outros responsáveis<sup>216</sup>.

Assim, aqui sim, na colaboração premiada, haverá um real desrespeito ao princípio do devido processo legal como consequência de se retirar do juiz o seu poder-dever em julgar o caso concreto a partir de provas produzidas em contraditório, inclusive

---

<sup>214</sup> CID, 2015, p. 17.

<sup>215</sup> Conferir: SILVEIRA, 2018, p.134.

<sup>216</sup> Neste sentido, premia-se o colaborador nos crimes de corrupção a partir do disposto no artigo 374º-B do Código Penal Português tanto a partir da dispensa de pena, no caso do agente de corrupção passiva “que denuncia o crime e desencadeia o processo, prescindindo ademais das vantagens solicitadas ou recebidas” em uma autoresponsabilização, quanto por meio da atenuação especial da pena, “dado a quem contribua para a responsabilização de outrem”. Nos dois casos, entretanto, cabe ao tribunal competente avaliar este auxílio, apenas em sede de sentença e após o contraditório e a ampla defesa, sem qualquer possibilidade de real negociação prévia para obtenção destes resultados: o agente colabora espontaneamente com a justiça, sabendo que caberá ao magistrado avaliar sua ação posteriormente. (SANTOS, 2018, p.90ss).

impossibilitando a terceira fase da colaboração, consistente na avaliação da real efetividade dos depoimentos e do auxílio prestado pelo colaborador. E, não obstante, concederá ao órgão do Ministério Público uma ferramenta a mais de coação e de poder, desnivelando a esperada igualdade entre as partes, ao poder decidir pelo não oferecimento da denúncia avaliando ele próprio as características do agente e a efetividade de sua colaboração.

Ainda sobre a homologação do acordo de colaboração premiada, é posto em xeque o princípio do juiz natural ao analisarmos o conteúdo material desta homologação. Assim, como já analisado sobre o procedimento da colaboração premiada, a Lei nº 12.850/2013 impõe ao juiz, quando da homologação do acordo, a verificação de sua regularidade, legalidade e voluntariedade. Entretanto, sobremaneira é clarificada a forma desta análise, ou seja, quão estrita será essa avaliação.

Desta forma, deverá ou não o juiz analisar a legalidade do acordo de forma estrita? Considerará legal o acordo no qual estiverem acordados benefícios ou restrições não contempladas na Lei nº 12.850/2013? A resposta para esta pergunta deveria ser negativa caso fosse seguido à risca o modelo processual penal adotado constitucionalmente no Brasil, baseado na legalidade. Entretanto, na prática processual não é isto que vem acontecendo<sup>217</sup> e, conforme apontado por Silveira, é a “ideia de uma ‘legalidade aberta’ [que] pareceu dominar” na compreensão inicial dos juízes quanto ao seu papel na fase de homologação dos acordos de colaboração premiada já que “os benefícios concretos concedidos aos colaboradores desprenderam-se do quadro normativo de referência”<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> Neste sentido, a Petição nº 5.209/DF (Relator Ministro Teori Zavascki, Julgada em 29 set. 2014) a qual homologou o acordo de colaboração premiada realizado entre o MPF e Paulo Roberto Costa nos seguintes termos “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”. Sendo que, no acordo referido foram pactuados prêmios não previstos legalmente como a definição de “prisão domiciliar pelo prazo de 1 ano”, ou mesmo que “o Ministério Público poderá, a depender da efetividade da colaboração, segundo sua avaliação exclusiva, pedir o sobrestamento de inquéritos e outros procedimentos pré-judiciais, assim como promover a suspensão de feitos antes de atingido o montante de 20 anos de condenação” ou que o MP “pleiteará, após uma condenação transitada em julgada por lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública, a suspensão dos demais processos criminais instaurados, pelo prazo de 10 anos, tão logo oferecidas as acusações”. Outras homologações de acordos de colaboração premiada que fizeram o mesmo: Petição nº 5.244/DF (12 dez. 2014) e Petição nº 5.624/DF (23 jun. 2015).

<sup>218</sup> SILVEIRA, 2018, p.119.

Para tanto, de extrema relevância a decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski no âmbito da Petição nº 7.265/DF, na qual houve uma reabertura das discussões acerca do papel do juiz na homologação do acordo de colaboração premiada. Nesta decisão o acordo firmado entre o Ministério Público Federal e Renato Barbosa Rodrigues Pereira foi devolvido sem homologação à Procuradoria-Geral da República por ilegalidade e desrespeito ao princípio do juiz natural já que estariam previstos prêmios como o perdão judicial por todos os crimes anteriores cometidos pelo colaborador assim como a fixação da pena em quatro anos de reclusão a ser cumprida em seu primeiro ano em regime de recolhimento domiciliar noturno e nos demais com prestação de serviços à comunidade. Ademais, decidiu o Ministro Relator que não caberiam às partes definir hipóteses de suspensão do processo criminal ou fixar prazos e marcos de sua fluência, assim como conceder autorização para viagens internacionais e fixar o valor da multa previamente à apreciação do juízo competente em sede de sentença<sup>219</sup>. Destarte, sua relevância como marco jurisprudencial para a garantia dos princípios do juiz natural e da legalidade.

O ataque ao princípio do juiz natural também ocorre no caso da colaboração premiada em relação às regras de conexão e continência previstas no Código de Processo Penal.

Assim, por exemplo, se existem regras processuais mais claras de conexão como as dos incisos I e II do artigo 76º do CPP, segundo os quais há, respectivamente, conexão subjetiva por simultaneidade, por concurso e por simultaneidade e conexão objetiva ou teleológica quando “duas ou mais infrações houverem sido praticadas para facilitar ou ocultar as outras ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas”, há regras que dificultam a visualização desta conexão, como a do inciso III deste mesmo artigo, segundo o qual há conexão instrumental ou probatória “quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração”. Isto pois, como bem colocado por Badaró, “a expressão influir é demasiadamente ampla, até mesmo porque não se define o grau de influência necessária

---

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº7265/DF*. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. 14 nov. 2017.

para caracterizar o nexo entre as infrações a impor a união dos processos”<sup>220</sup>. E o perigo recai no fato de que, “quanto mais elástica for a interpretação sobre ocorrência de conexão, com maior facilidade se poderá burlar a garantia do juiz natural”<sup>221</sup>.

Neste sentido, para Badaró<sup>222</sup>, correta a decisão do STF que negou que qualquer influência justificaria a conexão e, por isso, negou a unidade ontológica entre as diversas fases da operação lava jato, nos seguintes termos:

os ilícitos em apuração nos procedimentos encaminhados pelo juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná se referem, dentre outros fatos, a repasses de valores por empresa prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados de servidores federais (...) com a utilização, em tese, de notas fiscais falsas e de empresas de fachada. Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76 CPP) e de continência (art. 77 CPP) que pudessem ensejar o *simultaneus processus*, ainda que os esquemas fraudulentos possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasso de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo). O fato de a polícia judiciária ou o MPF denominarem de ‘fases da operação Lava-Jato’ uma sequência de investigações de crimes diversos – ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas – não se sobrepõe às normas disciplinadoras de competência. *Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência*”<sup>223</sup>.

De tal forma que haveria clara violação da garantia do juiz natural devido ao desrespeito às regras de conexão na maior parte dos casos da Operação Lava Jato, cuja

---

<sup>220</sup> BADARÓ, Gustavo. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v.122, n.24, 2016, p.180.

<sup>221</sup> BADARÓ, 2016, p.182.

<sup>222</sup> BADARÓ, 2016, p.182.

<sup>223</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.130 QO/PR*. Ministro Relator Dias Toffoli. 23 set. 2015.

maioria não ocorreu na porção territorial da Subseção Judiciária de Curitiba, ainda que se considere toda a Seção Judiciária do Paraná, de modo que a competência territorial ou seria de outra subseção judiciária, se competência federal, ou ainda de outra comarca no caso de competência estadual (nos termos do regramento do artigo 70º, *caput*, do CPP). Ademais, não foi seguida a regra preferencial contida no inciso III do artigo 78º do CPP e, portanto, apesar da possível existência de outros crimes mais graves que a lavagem de dinheiro, como a corrupção passiva, que a priori atrairia a competência para o seu foro, toda a competência permaneceu na Subseção Judiciária de Curitiba.

Por fim, apesar de utilizarem-se do efeito da conexão consubstanciado na prorrogação de competência, olvidam-se do que determina a unidade processual ao utilizarem a regra que disciplina a separação de processos já reunidos em razão da conexão como norma para a não união de processos que seriam conexos<sup>224</sup>. De maneira que todos os acordos de colaboração premiada celebrados no âmbito da Operação Lava Jato sofreriam com as ilegalidades e desrespeito ao princípio do juiz natural, como frutos da árvore envenenada, devido a ilegalidade inicial quanto à regra de conexão.

A despeito de todas as violações ao princípio do juiz natural apontadas acima, ainda há quem defenda que o sistema introduzido pela Lei nº 12.850/2013 não “subtrairia do Poder Judiciário sua vocação natural para conhecer do feito e julgar o réu”. E assim o argumentam baseando-se apenas nas teorias de que ainda é concedido ao juiz o poder de recusar o processo, que para concessão do perdão ou redução da pena é necessário o transcurso do processo penal e que, não estando o juiz vinculado ao acordo de colaboração premiada, ainda que homologado, pode discordar do mesmo, averiguar a falta de colaboração efetiva ou mesmo absolver o colaborador por fragilidade da prova produzida<sup>225</sup>. Visão esta que, frente à realidade brasileira dos acordos de colaboração premiada firmados e homologados, encontramos ingênua. De tal forma que, para analisar um instituto, não basta fazer uma análise fria da letra da lei, mas sim interpretá-la segundo o contexto em que está inserida e a partir do uso concreto que é feito dela.

---

<sup>224</sup> BADARÓ, 2016, p.202-203.

<sup>225</sup> PINTO, 2013, p.29.

Por conseguinte, para uma garantia real do juiz natural, além do respeito às normas de determinação de competência, imparcialidade etc., há também que garantir a existência de condições para que os juízos competentes “possam livremente tomar as decisões que lhes competem sem obediência a qualquer outra instancia ou poder que não os da lei e da Constituição”<sup>226</sup>.

E é justamente no sentido de assegurar a reserva de juiz, para além da própria legalidade na atuação do Ministério Público, que não se permitiria, por exemplo, a concessão de um prêmio a um delator em fase inicial do processo penal no caso da criminalidade grave, conforme apontado por Cláudia Cruz Santos<sup>227</sup>.

Isto porque, em sentido contrário, permite-se no sistema processual penal português a suspensão provisória do processo ou mesmo o arquivamento em caso de dispensa de pena para crimes menos graves justamente porque se subentende a “desnecessidade do julgamento e da condenação”, no sentido de que a pena nestes casos não atenderia às suas finalidades preventivas, assim como o fato de que nestes procedimentos não são aplicadas soluções restritivas de direitos fundamentais (ou seja, a pena privativa de liberdade) e, ainda assim, exige-se a concordância do arguido e do juiz de instrução<sup>228</sup>.

Ademais, o fato de o Ministério Público poder avaliar antecipadamente a participação no crime do colaborador em relação à participação do eventual delatado, ofende não somente o princípio da legalidade quanto à atuação deste órgão, como também

---

<sup>226</sup> CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p.152.

<sup>227</sup> SANTOS, 2018, p.104.

<sup>228</sup> Nestes termos, “A suspensão provisória do processo está prevista no artigo 281º do Código de Processo Penal português e é aplicável para crimes nos quais é prevista pena de prisão não superior a 05 anos ou pena diferente de prisão. Nestes casos, poderá o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do arguido ou do assistente, suspender o processo mediante concordância do juiz de instrução desde que o arguido e o assistente não se oponham, o arguido não possua antecedentes criminais, que a ilicitude e a culpa tenham uma intensidade diminuta, que se preveja que o cumprimento de injunção ou regras de conduta realizem as exigências de prevenção e ressocialização” (CORTESÃO, 2013, p. 22-25; e TORRÃO, Fernando José Pinto. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p.191). Ademais, para o arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280º do CPP português) também se faz essencial a concordância do juiz de instrução, como um controle material dos requisitos do arquivamento, já que o titular da ação penal é o próprio Ministério Público que, verificando serem diminutos a ilicitude do fato e a culpa do agente em um crime cuja pena tenha um limite máximo não superior a 6 meses, opte pelo arquivamento (CORREIA, João Conde. *Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2017, p.78-81).

a reserva do juiz em julgar e avaliar as provas produzidas em contraditório ao longo do processo penal. Neste sentido, ainda seguindo o raciocínio de Cláudia Cruz Santos,

a comparação das responsabilidades do delator e do delatado (assim como das respectivas necessidades punitivas) supõe uma avaliação da prova produzida numa audiência de julgamento, sob pena de violação do princípio da culpa na sua dimensão processual ou adjectiva (...). como pode o ministério público, antes da produção de prova numa audiência de julgamento, valorar como menos desvaliosa a participação no crime do delator do que a do delatado? Como se pode, antes dessa produção de prova, ajuizar das respectivas necessidades punitivas em função dos critérios preventivos? Crê-se que a resposta é inequívoca: não pode<sup>229</sup>.

Por conseguinte, temos uma situação na qual a própria estrutura da colaboração premiada atenta contra o princípio da reserva de juiz – ao permitir ao órgão do Ministério Público seleccionar quem será colaborador beneficiado penalmente e quem será, eventualmente, um simples delatado contra o qual decorrerá um processo penal regular, e, por outro lado, optar pelo não oferecimento da denúncia. Ademais, que, por seus contornos dados pela prática processual, priva o poder-dever real do juiz em julgar o caso concreto.

## 2.4. Princípio da preferência pelas reações não punitivas: um passo errôneo em direção à punitividade

O princípio da preferência pelas reações não punitivas é um dentre vários que são diretores da política-criminal a ser adotada por um Estado Democrático e de Direito e que possuem emanção jurídico-constitucional. É nada mais que uma consequência prática dos demais princípios caracterizadores de uma Constituição tida como democrática, ou seja, os princípios da legalidade, da referência constitucional, da culpa<sup>230</sup> e da socialidade ou da solidariedade<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> SANTOS, 2018, p.107.

<sup>230</sup> Consoante afirma Figueiredo Dias: “o princípio segundo o qual, como se sabe, em caso algum pode haver pena sem culpa ou a medida da pena ultrapassar a medida da culpa”, o qual não mais busca seu fundamento numa perspectiva retribucionista do fim da pena, mas sim no próprio princípio da inviolabilidade da

Ademais, temos o princípio da preferência pelas reações não punitivas como consequência das máximas da necessidade e subsidiariedade da intervenção penal. A partir do qual se desvelam as exigências de “preterição da aplicação da pena de prisão em favor de penas não detentivas, sempre que estas se revelem suficientes, *in casu*, para realização das finalidades da punição”, “a obrigação para o legislador de enriquecer, até o limite possível, a panóplia das alternativas à prisão posta à disposição do julgador”, que “as próprias medidas de segurança detentivas só tenham lugar quando as não detentivas se revelem inadequadas ou insuficientes à prevenção” e que, por fim, “a execução das penas e medidas detentivas, quando, apesar de tudo, deva ter lugar, ocorra com um sentido decisivamente virado para a socialização do delinquente”<sup>232</sup>.

Esta ideia está diretamente correlacionada, para mais, aos novos rumos de política criminais apontados por Jorge de Figueiredo Dias já quando das revisões do Código Penal português realizadas no início da década de 90. Assim, que nos casos nos quais possam ser considerados suficientes meios não criminais de política social, a pena e a medida de segurança não devem incidir já que a necessidade social “torna-se um critério decisivo da intervenção do direito penal”, que, por sua vez, além de ter sua tutela limitada aos bens jurídicos no sentido constitucional, só deve intervir “como *última ratio* da política social”. Ademais, deve ser implantado um programa de descriminalização quanto às condutas que não violem um bem jurídico, bem como ser realizada uma distinção entre o Direito Penal clássico ou de justiça e o Direito Penal Administrativo, o primeiro relacionado à concretização de valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias e o segundo, aos direitos sociais e à organização econômica<sup>233</sup>.

Essencial também a compreensão de que a pena – e daí tratamos de qualquer pena de cunho criminal e não necessariamente apenas a privativa de liberdade, possui

---

dignidade pessoa, essencial à ideia do Estado de Direito Democrático (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 73).

<sup>231</sup> Ainda citando a doutrina de Jorge de Figueiredo Dias: o princípio da socialidade é aquele que impõe a todo Estado de Direito Social que faça uso de seu *ius puniende* o dever de, em compensação, ajudar e ser solidário para com o condenado, “proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes” (DIAS, 2013, p. 74).

<sup>232</sup> DIAS, 2013, p.74-75.

<sup>233</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, v.43, 1983, p.17.

finalidades em sua aplicação que, conjuntamente com a noção de culpa, auxiliam (ou deveriam auxiliar) os aplicadores de direito a determinar a necessidade e proporcionalidade da mesma e, em qualquer caso, sempre reinando a ideia de que a pena criminal é a *ultima ratio*, conjuntamente com o Direito Penal em si mesmo.

Assim que, superadas as teorias absolutas relacionadas ao fim da pena, nomeadamente a perspectiva retribucionista, baseada na afirmação de que o homem é um ser racional e livre e, por esta razão, responsável por seus atos de modo que “a pena aplicada ou a aplicar tem que ser envolvida pelo olhar que quer ver o pretérito”<sup>234;235</sup>, passamos às teorias relativas da pena, baseadas na prevenção.

De forma que a pena criminal tem como fundamento a prevenção<sup>236</sup>, seja para afastar a generalidade dos membros de uma comunidade por meio da intimidação consubstanciada na pena (prevenção geral negativa<sup>237</sup>) ou por meio do reforço da fidelidade jurídica e da confiança na ordem jurídica que advém com a aplicação da norma penal no caso concreto (prevenção geral positiva<sup>238</sup>), seja para influir no indivíduo

---

<sup>234</sup> COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.227-229.

<sup>235</sup> Contributo inegavelmente favorável da perspectiva retribucionista é o surgimento da noção de culpabilidade: é em razão desta visão da pena como resposta retributiva à ação do agente que se torna necessária uma medida concreta da pena que não ultrapasse, efetivamente, o limite da culpa; ou seja, o agente só pode ser punido, na medida e limite de sua própria ação como ser responsável (COSTA, 2005, p.227).

<sup>236</sup> CARVALHO, Américo Taipa. Prevenção, culpa e pena – Uma concepção preventivo-ética do Direito Penal. IN: ANDRADE, Manuel da Costa (org) et al. *Liber Disciulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 317-330, p.322.

<sup>237</sup> A qual vem recebendo críticas já ditas tradicionais no sentido de que não é possível comprovar a utilidade da intimidação ou determinar o *quantum* de pena que seria o suficiente para atingir este objetivo, que o uso da pena como ameaça à coletividade transformaria o Estado em um ente aterrorizador incompatível com a noção de que o *ius puniende* estatal é a *última ratio* a ser aplicada e que transformaria a pena em meio de instrumentalizar o ser humano para cumprir uma utilidade jurídica ou social, ideia também incompatível com um Estado Democrático e de Direito baseado na dignidade da pessoa humana (Conferir: RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal; para além da classificação dicotômica das finalidades. *Revista portuguesa de ciências criminais*, ano 22, n.2, 2012, p.187; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 459; e DIAS, 2007, p.53).

<sup>238</sup> Neste caso, as finalidades preventivas gerais positivas seriam “tão mais alcançados, quanto mais certa fosse a punição, vez que não se dúvida que a fidelização ao direito, a confiança do cidadão e, por consequência, a pacificação social dependem de uma tal segurança que a certeza da reprovação oferece” e que, simultaneamente, o fundamento da pena deixaria de ser reprovar o fato criminoso para, desvinculado do crime em si, possuir o objetivo de evitar novas ocorrências delituosas. De tal forma que, caso consideramos esta como a única finalidade da pena criminal, haveria uma incongruência em relação ao próprio direito penal o qual tem seu fundamento na realidade do fato concreto (RUIVO, 2012, p.188-189).

responsável pela prática do crime por meio da neutralização (prevenção especial negativa<sup>239</sup>) ou da ressocialização (prevenção especial positiva<sup>240</sup>).

À ideia de prevenção como fundamento da pena soma-se, ademais, a culpa, como uma função de “proibição incondicional de excesso”. De forma que a culpa, ainda que não seja fundamento da pena, passa a constituir “o seu pressuposto necessário e o seu limite inultrapassável”<sup>241</sup>. E, neste sentido, passa a ser uma culpa que, ao invés de ser baseada em uma ideia de retribuição ou expiação Kantiana (como para a teoria retribucionista), está alastrada no respeito à dignidade do homem, essencial no quadro jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito. Portanto, fica “prejudicada a ideia de que à culpa tem de responder a pena”, sendo possível que uma culpa existente não determine a punição, mas, ao mesmo tempo, nunca possível a aplicação da pena sem culpa preexistente ou na medida superior a da culpa<sup>242</sup>.

Por conseguinte, a partir da própria máxima do Direito Penal, ou seja, a noção de que o mesmo só deve incidir em *ultima ratio* em razão dos princípios da necessidade,

---

<sup>239</sup> Por essa perspectiva a pena privativa de liberdade, ao restringir total ou parcialmente a possibilidade de ação do indivíduo, assim como a proibição de frequentar determinados lugares e até mesmo, em certa medida, a prestação de serviços à comunidade, produziria a inocuidade ou neutralização do indivíduo, impedindo-o de cometer outros delitos durante esse período. Sendo que a crítica a essa finalidade da pena reside justamente no fato que a inocuidade produzida é apenas temporária, não produzindo efeitos futuros (RUIVO, 2012, p.188-189).

<sup>240</sup> A prevenção especial positiva, por sua vez, é o norte do processo de execução brasileira. Assim, dispõe o artigo 1º da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica *integração social do condenado e do internado*” (grifo nosso). Entrementes que esta não pode ser considerada como único fim da pena, apesar de ser um dos componentes irrenunciáveis ao estar diretamente ligada com a função do direito penal de tutelar bens jurídicos (à despeito das eventuais críticas à teoria do bem jurídico) e garantir o afastamento das pessoas da prática de crimes. Ademais, que esta finalidade, mais que uma ressocialização (até porque muitos dos agentes que cometem crimes não estavam “assocializados” ou à margem da sociedade vide, por exemplo, o caso dos criminosos de colarinho brando), tem de garantir a não dessocialização do condenado durante a execução penal; ou seja, que a pena seja cumprida atendendo à todos seus direitos básicos e fundamentais de forma a garantir que o agente não saia do sistema prisional ainda mais disposto à cometer crimes (RUIVO, 2012, p.194). Conferir também, sobre os criminosos de colarinho branco, os quais, por necessitarem menos de uma ressocialização, necessitariam menos da pena criminal se partíssemos apenas de sua finalidade preventiva especial positiva: SANTOS, 2001, p.264-265.

<sup>241</sup> Esta ideia, proposta por Figueiredo Dias, é de relevância já que, com o abandono da perspectiva retribucionista, que trouxe pela primeira vez a noção de culpa como medida da pena, muitos doutrinadores passaram a entender que a culpa não mais poderia ser tida como medida em uma visão puramente preventiva da pena criminal. Neste sentido, conferir DIAS, Jorge de Figueiredo. O sistema sancionatório português no contexto dos modelos da política criminal. *Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Coimbra, 1988, p.82

<sup>242</sup> DIAS, 1983, p.34.

proporcionalidade e subsidiariedade da intervenção penal<sup>243</sup>, infere-se que, no caso da incidência do Direito Penal, ainda devemos sempre nos voltar às reações criminais não detentivas como preferenciais em relação às detentivas<sup>244</sup>.

Assim que a colaboração premiada, com um claro viés punitivo, por meio da qual se busca conseguir “a condenação do maior número de agentes, inclusive do cooperador”<sup>245</sup>, ainda que atenuada em relação a este último (já que apenas excepcionalmente será agraciado com o perdão judicial ou ministerial consubstanciado no não oferecimento da denúncia), vai contra o cerne do princípio da preferência pelas reações não punitivas<sup>246</sup>.

Para ilustrar, o ciclo que muitas vezes se repete na colaboração premiada, conforme pontuado por Fernando Fernandes é o seguinte

(1º) colhe-se uma colaboração, a qual acaba sendo considerada integralmente como indício de autoria e materialidade do delito para se decretar a prisão preventiva do delatado, apoiado em um dos convenientes critérios; (2º) agora preso, o delatado é ‘convencido’ a realizar nova colaboração<sup>247:248</sup>.

---

<sup>243</sup> DIAS, 1983, p.34.

<sup>244</sup> DIAS, 2013, p.74.

<sup>245</sup> SANTOS, M., 2017, p.134.

<sup>246</sup> Neste sentido, ainda, aponta Anabela Miranda Rodrigues que o premio “que se oferece ao arguido para o incentivar a que renuncie ao processo comum não tem correspondência, nem com a gravidade do crime (...) nem tão pouco com exigências de prevenção especial, porque a renúncia do arguido ao processo comum não reflecte qualquer adaptação social, mas apenas um desejo geral de rapidamente ‘ajustar as suas contas’ com a justiça” (RODRIGUES, Anabela Miranda. Celeridade e eficácia: uma opção político-criminal. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro Faria*. Coimbra: Almedina, 2003, p.51).

<sup>247</sup> FERNANDES; AIRES, 2017, p.278.

<sup>248</sup> Outro ciclo possível – que, apesar da acertada reforma pelo Supremo Tribunal Federal, já foi permitida pelo Superior Tribunal de Justiça: assim que o STJ decidiu em sede de Recurso Ordinário em Habeas Corpus que seria permitido o reestabelecimento da prisão cautelar (medida de exceção prevista no artigo 312º do CPP) em razão do descumprimento do acordo de colaboração premiada já que este, em primeiro lugar, teria sido o responsável pela suspensão da prisão preventiva. Assim que, ainda que temporariamente devido à reforma pelo STF, foi permitida a prisão preventiva desrespeitando os requisitos desta e, ainda, as próprias previsões da colaboração premiada, a qual, em nenhum momento, prevê a suspensão de prisão preventiva como um de seus benefícios. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n 76.026-RS*. Ministro Relator Feliz Fischer. 11 out. 2016). Reconhece-se, entretanto, o acerto do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Ministro Relator Edson Fachin, ao revogar esta decisão já que não há relação legal entre o descumprimento do acordo de colaboração premiada e a decretação (ou ainda a suspensão

De forma que a colaboração premiada passa a ser instrumento para obter uma pena criminal (ainda que reduzida e, portanto, aparentemente mais benéfica) em um ciclo vicioso que sempre induz à realização de novas colaborações e resulta na aplicação de mais penalidades<sup>249</sup>.

Fato que, somado ao desrespeito já supra analisado aos princípios da legalidade e do juiz natural, traz ainda mais perigos a garantia do devido processo legal<sup>250</sup>. Afinal, não somente benefícios não previstos em lei serão estipulados nos acordos, como também haverá a mitigação do poder-dever do juiz em julgar o caso concreto e analisar as provas efetivamente submetidas ao contraditório e à ampla-defesa, resultando, por conseguinte, numa maior aplicação (indevida) das penas criminais.

Conforme apontado por Zaffaroni já em 1996, há um “mito mafioso” sobre o conceito de criminalidade organizada que, levado a lei penal, vem “acompanhado de regras que estabelecem competências especiais, às vezes comissões especiais de muito duvidoso caráter judicial, violações ao princípio do juiz natural etc.”. Sendo que,

no plano jurídico-penal, esta intervenção punitiva com base em um conceito falso e ilimitado [ de organização criminosa] implica retrocesso muito grave do direito penal liberal e o conseqüente restabelecimento do direito penal autoritário (inquisitorial), lesionando as garantias constitucionais e internacionais e aumentando a corrupção das agências do sistema penal<sup>251</sup>.

---

inicial) da prisão cautelar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 138.207 – PR. Relator Ministro Edson Fackin. 25 abr. 2017).

<sup>249</sup> Este ciclo pode ser compreendido sob a perspectiva de Beccaria acerca dos processos e da prescrição; no sentido de que justo nos crimes que são mais atroz (então, homicídio e afins, agora, a criminalidade organizada), nos quais é maior a improbabilidade de serem provados por meio de “conjecturas e pelas provas mais fracas e equívocas”, são justo sobre os quais parece haver um interesse maior por parte das leis e dos juízes em revelá-los em detrimento da busca pela verdade (2013, p.76).

<sup>250</sup> E tal a relevância dos princípios da legalidade e do juiz natural, somados à uma busca pelos fins da pena, à ideia de preferir por reações não punitivas que já apontado por Cesare Beccaria (2013, p.33-35) que as conseqüências da atrocidade que é a pena é justamente que elas só podem ser aplicadas se previstas em lei geral e fixa, se por um juiz imparcial que não o próprio Estado criador da lei penal e se atrelada ao fato de que tenha alguma utilidade.

<sup>251</sup> ZAFFARONI, 1996, p.62-63.

E é exatamente o que ocorre com a colaboração premiada frente à criminalidade organizada: surge como um instrumento de eficientismo penal<sup>252</sup>, a fim de solucionar as dificuldades do sistema, a partir de um incremento da cultura punitivista com a consequente supressão das garantias constitucionais.

De modo que a falha no sistema, observada pela ocorrência cada vez mais frequente de crimes de larga escala (no caso crimes de teor organizado, como os de corrupção e branqueamento de capitais), ao invés de gerar receio quanto ao próprio sistema, cria o argumento de que o mesmo não é suficientemente duro ou repressivo. Assim que, “diante do fracasso da repressão penal, propõe-se mais repressão penal, com o incremento da cultura punitiva, materializada no aumento do número de prisões (até mesmo cautelares) e na supressão das garantias constitucionais”<sup>253</sup>.

Assim que a prisão, como pontuado por Geraldo Prado, como um “vírus de uma doença que contamina a cultura social”, é reintroduzida no discurso penal e, apesar de lamentada, tida como inevitável diante de determinadas circunstâncias e, ainda, vista com entusiasmo quando atua de elemento de expansão do sistema tradicional a partir da negociação direta da pena entre o suspeito e o Ministério Público<sup>254</sup>.

Ressaltamos, ademais, que o princípio da preferência pelas reações não punitivas deve também ser analisado tendo em vista o princípio da culpa. E isto é claramente relacionado ao que já tratamos no tocante ao fato de que as finalidades preventivas da pena não devem ser interpretadas por si mesma, mas sempre em conjunto com a análise da culpa do agente, para que não exista pena fora de sua medida. De tal maneira que, mesmo soluções consensuais como as já vigentes para a pequena e média criminalidade, como as do processo sumaríssimo e do arquivamento no caso de dispensa de pena, ainda que não impliquem em prisão, possam ser censuradas na medida em que provocam uma declaração

---

<sup>252</sup> O eficientismo penal surge justamente de uma “visão otimista e finalista do poder penal, que se apresenta como algo bom, garantido pela bondade daqueles que o detém, correlata a uma desconfiança do valor dos textos legais que limitam esse poder”. É, por conseguinte, justo o contrário do garantismo penal, marcado pela “desconfiança em relação a esse poder e [com um] ‘pessimismo palitológico’ diante das vocações despóticas” (PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens. Eficientismo repressivo e garantismo penal: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v.17, n.19/20, 2012, p.65.).

<sup>253</sup> PRADO; CASARA, 2012, p.69.

<sup>254</sup> PRADO; Geraldo. *Transação Penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p.67.

de culpa (implícita no despacho de aplicação da pena), que é “manifestação de uma censura estadual desqualificante com o significado de uma massiva reprovação ética dirigida ao condenado”<sup>255</sup>.

Por fim, temos como exemplo de desrespeito ao princípio da preferência pelas reações não punitivas o acordo de colaboração premiada celebrado entre o Ministério Público Federal e José Sérgio de Oliveira Machado<sup>256</sup>, homologado pelo STF na Petição nº 6.138. Inicialmente já se define como prêmio à colaboração efetiva um limite máximo de condenação elevado (de 20 anos), assim como a possibilidade de o colaborador requerer o cumprimento antecipado da pena privativa de liberdade (e, nesse caso, “isentando a união de toda e qualquer responsabilidade caso não venha, por qualquer fundamento, a sofrer condenação penal ou, sofrendo, caso as penas privativas de liberdade que lhe forem aplicadas sejam inferiores ao ora pactuado”<sup>257</sup>)<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, n.25, 2015, p.178.

<sup>256</sup> BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Acordo de Colaboração Premiada entre José Sérgio de Oliveira Machado e o MPF*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>>. Acesso em 06 mai. 2019.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>258</sup> Ademais, neste acordo (consoante os anexos I e II) já havia a previsão de início de cumprimento de pena (próximo à celebração do acordo) e, incluso, do fim da pena cumprida em regime domiciliar. Assim que, no caso concreto, o colaborador iniciou o cumprimento de pena privativa de liberdade (ainda que em regime domiciliar diferenciado) antes mesmo do trânsito em julgado de uma eventual condenação.

### 3. O mito do consenso e a não renúncia aos direitos fundamentais

Após todo o desenvolvimento feito ao longo do trabalho passamos, então, a buscar averiguar a posição da colaboração premiada como um instrumento de consenso e frente ao futuro do Direito Processual Penal.

Consenso é substantivo para “anuência, conformidade, igualdade de opiniões, pensamentos, sensações ou sentimentos”, um “acordo entre várias pessoas” ou “modo de se tomar uma decisão quando não há argumentos contrários ou objeções ao que está sendo proposto”<sup>259</sup>. Portanto, ao se tratar de consenso pressupõe-se “a existência de mais de uma parte em polos antagônicos, em dissenso, as quais aceitam determinadas soluções com emissão volitiva num mesmo sentido, de encontro de vontades”<sup>260</sup>.

É justo a partir da noção de consenso que podemos apontar as incongruências da colaboração premiada como um instituto consensual. Afinal, já sabemos que foi introduzida no ordenamento jurídico a partir da abertura dos espaços de oportunidade e consenso no processo penal, mas, concretamente, até que ponto a colaboração premiada propaga um consenso real e positivo?

Para isso, ressalta-se que partimos não de uma noção de consenso qualquer, a partir da qual a colaboração premiada e outras formas de diversão (como as voltadas para a pequena e média criminalidade) poderiam ser interpretadas como meio de consenso<sup>261</sup>, mas

---

<sup>259</sup> DICIO. *Dicionário Online de Português*: consenso. Disponível em <[www.dicio.com.br/consenso](http://www.dicio.com.br/consenso)>. Acesso em 07 mai. 2019.

<sup>260</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.55-56.

<sup>261</sup> Neste sentido, por exemplo, explana Cláudia Cruz Santos que inexistente diferença entre consenso e a negociação informal dos acordos, já que apesar de no primeiro “estar-nos-famos a referir ainda a um processo, enquanto a consideração do acordo suporia já um resultado”, “todo o procedimento tende para um resultado e que todo o resultado é produto de algum movimento”. E, portanto “inexistente diferença qualitativa entre o modo de consenso já admitido em institutos como a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo, por uma lado, e os acordos sobre a sentença, por outro lado. Trata-se sempre de formas de cooperação no processo penal em que as autoridades judiciárias não perdem o controle sobre a procura de uma solução conforme com as finalidades especificamente penais de prevenção especial e geral” (SANTOS, 2015, p. 147-156).

sim um consenso conforme as regras jurídico-constitucionais e processuais penais. Afinal, é esta a noção que nos importa ou nos deveria importar para a concretude de um Estado Democrático de Direito.

Em um primeiro lugar, já é possível realizar a análise de que para a noção de consenso presumir-se-ia um dissenso inicial entre partes antagônicas. Entrementes, em um processo penal sabemos que, ao contrário do que passa no espectro civil, não há lide: o Ministério Público não encarna o oposto do acusado ou réu e não há (ou não deveria haver) um litígio no sentido de haver uma parte que quer a acusação a qualquer custo e outra que busca a absolvição. De maneira a não configurar, pois, a ideia do dissenso inicial entre as partes antagônicas que vem a resultar em um consenso.

Afinal, o Ministério Público mais que responsável pela promoção privativa da ação penal pública, possui a função de fiscal da lei (*custus legis*), consoante o artigo 129º da CF/88 e o artigo 257º do CPP. Neste sentido pontua Figueiredo Dias que “o seu dever [do MP] não é actuar no sentido da (e contribuir para a) condenação do arguido em todo e qualquer caso, mas só no caso de este ser culpado): o MP não tem pois um dever de obter condenações, mas, tal como o juiz, só um dever de objectividade”<sup>262</sup>.

Por conseguinte, impensável, no sistema constitucional de processo penal brasileiro e português, a visão de um Ministério Público com o objetivo único de obter com sucesso uma acusação. Posto que uma acusação, se obtida contra as garantias legais estipuladas em lei e outras disposições, não seria compatível com sua função constitucional.

Entretanto, como mais um item a ser apontado neste trabalho no qual a realidade difere do mundo de dever ser da lei, o papel de *custus legis* do MP vira uma falácia. Neste sentido, aponta Carnelutti que

se chama Ministério Público e deveria chamar-se, mais exatamente, acusador. No ordenamento atual do Processo Penal, o ministério público não é essencialmente um acusador; ao contrário, é concebido diferentemente do defensor como um raciocinador imparcial, mas aqui,

---

<sup>262</sup> DIAS, 2004, p.245

digo, há um erro de construção da máquina, que também por isso funcional mal; de resto, nove vezes sobre dez a lógica das coisas leva o ministério público a ser aquilo que deve ser: o antagonista do defensor<sup>263</sup>.

Assim que esta atuação do Ministério Público na colaboração premiada como um órgão antagônico ao colaborador que busca a condenação (deste e dos demais participantes), em detrimentos de muitas das garantias constitucionais e processuais penais e, inclusive, com a negociação de prêmios não previstos na Lei n 12.850/2013, demarca claramente outro elemento a ser repensado na prática da colaboração premiada<sup>264</sup>.

Ademais, o consenso para o processo penal pressupõe (ou deveria pressupor) a paridade de armas entre as partes envolvidas<sup>265</sup>. Afinal, o processo penal é instrumento de *ultima ratio* que requer a atenção minuciosa com as garantias fundamentais dos sujeitos envolvidos, em especial dos que estão em posição de inferioridade (investigados, acusados ou já como arguidos constituídos).

Entrementes, na colaboração premiada, conforme o desenho legal da Lei nº 12.850/2013, como bem apontado por Castro, há uma concepção mercadológica da mesma, como um “negócio entre partes interessadas em um produto, judiciarizado por intermédio de um instrumento contratual entre as partes, sobre o qual somente caberá ao magistrado a análise de regularidade, legalidade ou voluntariedade”<sup>266</sup>. De modo que esta

---

<sup>263</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campinas: Book Seller, 2001.

<sup>264</sup> Ressaltamos, no entanto, que o estudo da função do Ministério Público e sua atuação neste instituto demandaria outro estudo particular, com diversa metodologia que a aqui aplicada, assim que apenas o tratamos como um outro elemento que nos leva a crer no mito do consenso da colaboração premiada.

<sup>265</sup> É justamente a noção de igualdade moderna, já superada à de igualdade conforme prevista no Estado liberal, referente ao tratamento igualitário dos diferentes, que reside a problemática quanto à colaboração premiada. Assim, há que se assegurar a igualdade material a partir do reconhecimento de que “na esfera jurídica a igualdade estará sempre acompanhada da desigualdade para lograr-se, então, a igualdade justa”. É, portanto, uma noção de igualdade que visa à justiça e, para isso, ainda só se emprega “eficazmente como limitação ao poder estatal quando este atuar de maneira arbitrária” (BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.2, 2003, p.221-222). Reflete-se também a partir da proposição de Westen sobre a ideia vazia da igualdade (*empty idea of equality*), que, como si mesma, seria um conceito vazio e circular que depende da própria análise moral do que é a igualdade quando, em realidade, deveríamos focar apenas no direito em si da igualdade – no nosso caso, ao garantir a paridade de armas nas negociações para acordos de colaboração premiada (WESTEN, Peter. *The empty idea of equality*. *Harvard Law Review*, v.95, n.3, 1982, p.592).

<sup>266</sup> É justo neste aspecto que a colaboração premiada se distancia, por exemplo, da colaboração do arguido pensada para os casos, por exemplo, de terrorismo (Lei nº52/2003, de 22 de agosto), corrupção e branqueamento (respectivamente nos artigos 374º b/2 a e 368º a/9 do Código Penal Português). Isto porque

legislação “abriu o flanco do direito penal para elementos oriundos da economia de mercado, da especulação e, portanto, do direito privado contratual que trata de conferir forma jurídica a essas relações”<sup>267</sup>.

E, como em qualquer negócio contratual, na colaboração premiada há uma moeda de troca consubstanciada nos prêmios, a qual é de escasso acesso aos colaboradores e ilimitada e sem valor a quem os oferece (ou seja, para o Ministério Público e as autoridades policiais). De forma que, como em qualquer troca mercadológica na qual há um bem que é escasso para uma parte e ilimitado para outra, há uma extrema desigualdade que faz com que as negociações em sede de colaboração premiada se tornem uma relação de troca, a qual assume uma “forma extremada da especulação”<sup>268</sup>.

Anabela Miranda Rodrigues conclui muito bem este raciocínio ao propor que a

justiça negociada assenta numa ficção: a igualdade das partes. O que é contratual não é necessariamente justo: pode mesmo ser uma fonte privilegiada de injustiça. No âmbito de uma estrutura autoritária de processo como é o de sua natureza a do processo penal, o arguido encontra-se necessariamente numa posição de inferioridade em relação aos actores judiciais, cujo papel que desempenham os coloca numa posição de superioridade. Neste contexto, a liberdade para negociar é mais ilusória do que real<sup>269</sup>.

---

nestes casos de colaboração, na qual o arguido auxilia concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, há, em realidade, um ato voluntário tanto por parte do arguido que colabora, quanto do juiz que, em seu poder discricionário, concede o favor legal, consubstanciado na atenuação especial da pena, ao colaborador que efetivamente tiver cumprido os requisitos legais. Nestes casos de atenuação especial da pena em razão da colaboração efetiva do arguido, na legislação portuguesa, há uma aproximação muito maior, portanto, das garantias processuais que favorecem o princípio do juiz natural, da legalidade no sentido de vigência da norma e da manutenção do Ministério Público em seu papel de fiscalizador da lei e não mero acusador que negocia com o réu para obter uma acusação penal. Conferir, sobre a atenuação especial da pena: CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº.52/2003, de 22 de agosto). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 135, n. 3935, 2005,p.70-89; PALMA, Maria Fernanda. Crimes de terrorismo e culpa penal. *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.235-258.

<sup>267</sup> CASTRO, Matheus Felipe. Abrenuntio Satanae! A colaboração premiada na lei nº 12.850/2013: um novo paradigma de sistema penal contratual? *Revista de Estudos criminais*, v. 17, n. 69, 2018, p.201.

<sup>268</sup> CASTRO, 2018, p.203.

<sup>269</sup> RODRIGUES, 1998, p.240.

É por essa razão que a colaboração premiada acaba por ser instrumento de expansão do Estado de Polícia sobre o Estado de Direito, ao incrementar “o poder punitivo do Estado por intermédio da adoção de práticas regidas pelo princípio inquisitivo”. Ou seja, por transformar o Direito Penal em “um mercado de penas criminais”, no qual passa a valer o negócio realizado pelas partes em detrimento do convencimento do magistrado na tentativa de evitarem-se os resultados imprevisíveis do sistema penal<sup>270</sup>.

Não obstante, como pontuado por Castro, essa vertente de justiça negociada acaba sendo direcionada conforme os “inimigos eleitos pelo discurso de emergência do momento, o que é amplamente apoiado por instrumentais midiáticos que compõe o âmbito não estatal do controle social”<sup>271</sup>. Estes inimigos, por hora, para a colaboração premiada, são justamente os agentes envolvidos na criminalidade organizada, os quais, apesar de todos os ataques aos seus direitos e garantias processuais, ainda tem uma certa vantagem por se tratarem, de modo generalizado, de pessoas com elevada condição socioeconômica e que, portanto, sofreriam menos nas garras da justiça ao poderem contar com uma melhor defesa.

Entretanto, ao pensarmos no futuro do Direito Processual Penal, vemos uma tendência expansionista da negociação da pena que tende a abarcar mais modelos de criminalidade, inclusive a de pequena e média gravidade. Assim que, neste sentido, os efeitos da negociação no modelo como é aplicado na colaboração premiada, o qual já por si mesmo produz ataques gravíssimos às garantias e à estrutura garantista do processo penal pensado para o Estado Democrático e de Direito, será ainda pior nos casos da grande massa de pequena e média criminalidade. Isto porque, neste tipo de criminalidade há uma maior concentração de investigados e réus provenientes de uma massa populacional pobre, ainda mais em ambientes demasiadamente desiguais como o é o Brasil e a América Latina em geral<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> CASTRO, 2018, p.208.

<sup>271</sup> CASTRO, 2018, p.209.

<sup>272</sup> Neste sentido, aponta Geraldo Prado que, apesar da justiça penal consensual ter sido alvo de permanente vigilância, “as dificuldades persistem, o que leva a crer que mesmo em países com certa tradição de respeito a direitos fundamentais e com uma cultura que reconhece a importância destes direitos, as fraturas suportadas pelos direitos e garantias que asseguram a defesa de todas as pessoas em face da virtualidade do abuso de

Entretanto, o que parece vigorar, como aponta Geraldo Prado, é a “eficácia sedutora desse discurso libertário” que traz uma ideia de liberdade que parece envolver a todos. Inclusive seduz aos críticos do sistema penal que, “malgrado denunciem o emprego político do direito penal”, admitem este estado de liberdade total e propagam ideais de negociação como a colaboração premiada como se a autonomia da vontade fosse real, e não um mito numa realidade caracterizada pelos desequilíbrios sociais<sup>273</sup>.

De forma que a expansão deste modelo de justiça negociada<sup>274</sup>, baseada na colaboração premiada (e espelhada ainda na *plea bargaining* estadunidense<sup>275</sup>) acabará

---

poder, em um processo penal, acabam atingindo os segmentos social e economicamente mais desfavorecidos da população” E que isto talvez seja resultado do fato de que a lógica das soluções consensuais estarem baseadas na formação da sociedade e do Estado Democrático e de Direito, que parte de um princípio de equiparação entre os sujeitos sociais, as quais já inexistentes em ambientes de maior desenvolvimento econômico, deve ser considerada com maior cautela em lugares marcados pela desigualdade como a América Latina (PRADO, 2000, p.358.).

<sup>273</sup> PRADO, 2015, p.301 ss.

<sup>274</sup> Sobre Justiça Negociada: “compreende modelo de processo penal que atribui maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos – órgão acusador, imputado e, eventualmente, vítima – de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.23); engloba “soluções transacionais que afetam o conteúdo do processo penal [que] poderão influir sobre ele determinando, em razão de um acordo entre as partes do processo penal, a quantidade de pena que o réu aceita sofrer, ou ainda as condições a que se dispõe submeter-se para que o pedido de condenação não seja julgado, alcançando até a definição sobre a classificação jurídica do fato *sub judice*” (PRADO, Geraldo. *Justiça penal consensual*. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org). *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informatização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.90.

<sup>275</sup> O *plea bargaining* estadunidense é caracterizado por poder acontecer antes ou depois da formalização da acusação. De modo que pode envolver dois tipos de negociação: (1) a *charge bargaining*, quando o Ministério Público, a partir da declaração de culpa do arguido (ou *guilty plea*) concorda em desclassificar a acusação para uma infração punível com sanção inferior; e a (2) *sentence bargaining*, quando o Ministério Público, também a partir da declaração de culpa do arguido, concorda em recomendar ao juiz sanção de certa natureza ou a não deduzir oposição perante atenuante invocada pelo arguido ou, nos casos em que o juiz já participa das negociações, a aplicar determinada sanção (ALBERGARIA, Pedro Soares. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p.22). É por esta razão que na *plea bargaining* é evidenciado o poder de barganha e discricionariedade da acusação estadunidense, consubstanciada na figura do *prosecutor*, cujo objetivo primordial é conseguir a maior quantidade de condenações, o mais gravosas possível. E, para tanto, pode negociar tanto o objeto do processo penal quanto a sanção imposta ao arguido. Neste sentido, o *prosecutor* possui técnicas de negociação próprias do *plea bargaining* como a *overcharging*, o *buffing* e o *overrecommending*. Por meio da *overcharging* o *prosecutor* acusa o arguido de um delito mais grave na esperança de que, intimidado, este último declare-se culpado de algum crime. Esta técnica é utilizada de duas formas distintas: pela *horizontal overcharging* multiplicam-se o número de crimes pelos quais o arguido é acusado e pela *vertical overcharging* o Ministério Público, apesar de acusar o arguido por um único crime, aponta sanção penal mais grave do que a situação fática permite. Outra técnica utilizada pelo *prosecutor* é a do *buffing*, através da qual o membro da acusação blefa sobre as provas que possui contra o arguido. A importância desta prática reside no fato de que quanto menos provas o Ministério Público possui contra o arguido, mais fácil será de concordar com uma *plea bargaining* favorável a este último; realidade esta que tenta ser evitada o máximo possível nesta perspectiva eminentemente

por, em razão da facilidade com que é cometido o abuso de poder neste modelo de negócio penal, “atingindo os segmentos social e economicamente mais desfavorecidos da população”, que sofrerão ainda mais com a fragilidade com a qual são vistos os princípios básicos do *nemo tenetur*, da legalidade, do juiz natural e da preferência pela reações não punitivas ao estarem em posição de inferioridade perante os órgãos criminais e não contarem com uma defesa técnica especializada e de qualidade<sup>276</sup>. Este é justamente o problema crucial, apontado por Anabela Miranda Rodrigues, em relação a este tipo de justiça negociada, “da qualidade da defesa e das possibilidades que o arguido tem de beneficiar de um advogado de qualidade”<sup>277</sup>.

Afinal, os programas de governo não tem como verdadeira preocupação o respeito às garantias fundamentais, as quais acabam por ser vistas como um “verdadeiro empecilho no combate ao fenômeno delitivo”. E,

no âmbito do processo penal, a mudança ocorre apenas no sentido de aceleração do procedimento e de permitir cada vez mais meios de investigação. Inova-se quanto às funções do sistema criminal, tendo em vista a perda da ideia de intervenção mínima, passando a ser primeira ou única ratio, transmutando-se a norma em defensora da sociedade em detrimento do individuo. Adota-se a ideia de eficiência, prevenção e de contenção de problemas sociais, em vez da resposta a um fato passado<sup>278;279</sup>.

---

acusatória do *prosecutor* estadunidense. Por fim, a terceira técnica de negociação que traz um desequilíbrio aos sujeitos processuais é a *overrecommending*, na qual o *prosecutor* comunica ao arguido que irá recomendar ao juiz as penalidades mais severas (ALBERGARIA, 2007, p.68; e Rodriguez-Garcia, 1997, p.67). Daí, portanto, o perigo das estruturas processual penal brasileira e portuguesa em se espelhar neste modelo de negociação.

<sup>276</sup> Deixamos em aberto o debate sobre a deficiência da defesa técnica para a população economicamente desfavorecida por ser um tema por si mesmo de pesquisa, ao envolver, por exemplo, a discussão sobre a estrutura da Defensoria Pública no Brasil e a atuação dos defensores oficiosos em Portugal. Entrementes, pontuamos no trabalho como um alerta à expansão desenfreada do modelo de justiça negociada à pequena e média criminalidade, o qual vem ganhando força no Brasil a partir da proposta de projetos de lei como o Projeto de Lei Anticrime proposto em 2019 pelo Ministro da Justiça Sérgio Mouro no Brasil.

<sup>277</sup> RODRIGUES, 2003 (a), p.51.

<sup>278</sup> RIOS, Rodrigo Sánchez; FARIAS, Renata Amaral. O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 148, n.26, 2018, p. 321.

Neste sentido, vê-se no Brasil a tramitação do Projeto de Lei nº882/2019, nomeado de Projeto de Lei Anticrime, no qual propõe-se, dentre muitas outras previsões controversas aos dogmas garantistas da CF/88, a possibilidade de acordos entre o réu e o Ministério Público. Acordos que poderão envolver tanto a possibilidade de não persecução penal pelo MP em crimes sem violência ou grave ameaça e cuja pena máxima não seja superior a 04 anos de prisão, desde que o investigado confesse a prática do crime, quanto um acordo, em qualquer tipo de crime, no qual o Ministério Público, após o oferecimento da denúncia e antes de seu recebimento, sugerirá uma pena concreta a ser aplicada em sentença quando as partes consentirem em abrir mão da instrução probatória<sup>280</sup>. Com a aprovação deste projeto de lei, portanto, teríamos uma verdadeira justiça negociada como o é a colaboração premiada, com desrespeito aos princípios da legalidade, do juiz natural e, principalmente, da preferência pelas reações não punitivas; permitir-se-á a penalização nos mais diversos tipos criminais, inclusive os de pequena gravidade, sem o devido respeito ao devido processo legal.

Um exemplo, em Portugal, é a proposta dada por Pedro Soares de Albergaria, José Neves e Pedro Lima, no sentido de dar uma “melhor resposta às atuais necessidades do sistema [crescente sobrecarga do sistema e dificuldade em lidar eficazmente com a criminalidade], evitando tanto quanto possível os efeitos deletérios dos modelos mais extremos e para tudo aproveitando forma preexistente no direito pátrio”<sup>281</sup>. Para tanto os autores propõem uma revisão no procedimento referente ao processo sumaríssimo português na qual buscam estender a aplicação deste procedimento especial para incluir penas privativas de liberdade, para as quais os autores entendem necessário retornar ao modelo de aceitação perante o juiz (vigente no procedimento até a reforma de 1998). Desta forma, o processo sumaríssimo viria a ser nomeado de “processo de pena negociada ou outro equivalente”<sup>282;283</sup> e, com isso, abriria às portas à justiça negociada no modelo da

---

<sup>279</sup> Ressaltamos, entretanto, que apesar de concordarmos com o raciocínio dos autores, a ideia de prevenção é sim algo a ser buscado por meio do direito penal; afinal constitui a prevenção finalidade da pena como já estudado no capítulo anterior do trabalho. Entrementes, que a mesma, como bem pontuado pelos autores, se buscada, deve ser sempre tendo em vista à resposta a um fato passado. Ou seja, sem que haja a incidência do direito penal e de uma eventual pena sem que o devido processo penal seja seguido.

<sup>280</sup> REALE JÚNIOR; WUNDERLICH, 2019, p.7.

<sup>281</sup> ALBERGARIA; LIMA; NEVES, 2011, p.111.

<sup>282</sup> ALBERGARIA; LIMA; NEVES, 2011, p.117-119.

*plea bargaining* estadunidense (e no modelo pretendido pelo Projeto de Lei Anticrime em trâmite atualmente no Congresso Nacional brasileiro como PL 882/2019)<sup>284</sup>.

Outro caso é dado por Fernando Torrão ao propor a ideia de, com a figura do “arrependido-colaborador”, conceder maior margem de liberdade do Ministério Público ao permitir a ponderação acerca da concessão de

beneplácito de relevantes vantagens aos chamados arrependidos-colaboradores, isto é, aqueles que oriundos do contexto da criminalidade organizada, uma vez arrependidos, se prestassem a colaborar com a investigação criminal através da outorga de informações aptas a facilitar a respectiva produção de prova<sup>285</sup>.

E, para o autor esta colaboração deveria ocorrer já em sede anterior a da Audiência de Instrução e Julgamento e, portanto, ao contrário das atuais hipóteses de colaboração a partir da previsão da atenuação especial da pena (já que apenas o Tribunal de julgamento tem poderes para atenuar ou isentar de pena o arguido colaborador, conforme as previsões, por exemplo, da Lei de Combate ao Terrorismo<sup>286</sup>). Assim, Torrão propõe que o MP,

---

<sup>283</sup> Em sentido contrário colocam Squilace e Cordas que não seria possível o uso da suspensão provisória do processo como eventual maneira de introdução de um modelo de colaboração premiada no sistema jurídico português, a partir da introdução da colaboração como uma regra de conduta ao arguido, já que “a suspensão provisória não pode fixar regras de conduta que ofendam a dignidade do arguido, mesmo que seja obtido o seu consentimento” e que tal regra de conduta, que visa que o réu preste declarações incriminatórias contra outro co-arguido, não cumpriria as exigências de prevenção geral e especial sujeitas às finalidades da pena (SQUILACE; CORDAS, 2017, p.18/20),

<sup>284</sup> Não nega-se na doutrina, entretanto, os méritos desta proposta – apesar de não ter encontrado respaldo nas reformas legislativas. Neste sentido, Nuno Brandão aponta que, por exemplo, é sucedida a proposta dos autores ao “impor ao Ministério Público, no termo do inquérito, sempre que for legalmente possível enveredar por uma via de consenso, a obrigação de conferenciar com a defesa, a fim de com esta discutir a eventual aplicação de uma suspensão provisória do processo ou de uma sanção em processo sumaríssimo”, apesar de apontar que, quando se esteja em causa a aplicação de uma pena de prisão efetiva, talvez seja válida uma reponderação quanto ao conteúdo da proposta já que esta concederia um papel relativamente recatado ao juiz e deixa o protagonismo nas mãos do Ministério Público e da Defesa. (BRANDÃO, 2015, p.174

<sup>285</sup> TORRÃO, Fernando. Princípio da oportunidade no quadro da criminalidade organizada e económico-financeira: em especial, a figura do “arrependido-colaborador”. In: VALENTE, Manuel (coord). *IV Congresso de Processo Penal: I Congresso Luso-Brasileiro de Criminalidade Económico-Financeira*. Coimbra: Almedina, p.164.

<sup>286</sup> Assim, Dispõe a Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto, de Combate ao Terrorismo que a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição, na hipótese de organizações terroristas e financiamento do terrorismo, caso o agente abandone voluntariamente sua atividade, afaste ou faça diminuir consideravelmente o perigo provocado ou auxilie concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; sendo que no caso dos crimes de terrorismo e terrorismo

ainda que eventualmente com a concordância do juiz de instrução, já poderia definir desde o inquérito a estratégia processual a fim de decidir pela necessidade da “colaboração do arguido, se deveria outorgar imunidades ao suspeito ou não acusa-lo por crime menos grave” etc. Dando, por conseguinte, mais amplitude às negociações prévias e incorporando uma figura muito semelhante à da colaboração premiada no sistema jurídico português, ainda que com a ingênua noção de arrependimento<sup>287</sup> do colaborador.

Neste sentido, busca-se na colaboração premiada uma *eficiência* enquanto deveria ser priorizada a *efetividade* do processo penal<sup>288</sup>. Se para a primeira há um viés economicista entre os meios utilizados e o fim visado, para a segunda há apenas uma produção de efeitos que sejam adequados ao projeto constitucional<sup>289</sup>. Desta forma, deveríamos sair de uma colaboração premiada (e aqui falamos tanto do modo como é prevista na Lei nº 12.850/2013 quanto como é aplicada na prática jurisdicional) pensada para a eficiência e buscar - se de fato é necessário esse modelo de justiça negociada - uma colaboração premiada adequada ao modelo jurídico constitucional<sup>290</sup>.

E isto porque, como colocam Prado e Casaro, “o Estado que pretende legitimar a punição daqueles que violam a lei não pode, para punir, violar seus próprios comandos legais”, de tal modo que não podemos nos esquecer de buscar um direito penal efetivo,

---

internacional acrescenta-se a circunstância do agente impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique às já especificadas referentes ao crime de organizações terroristas (artigo 2º, n.5, e artigo 4º, n.13). De forma que nestas hipóteses de colaboração não há qualquer tipo de negociação prévia com o MP, mas sim um ato voluntário de colaboração que será avaliado pelo juiz quando da Audiência de Instrução e Julgamento.

<sup>287</sup> Neste sentido, temos que o arrependimento intrínseco ao arguido que colabora é de difícil avaliação – se não totalmente impossível. É por este motivo que Torrão afirma que “o Estado limita-se a recompensar aquele que se ressocializou, tornando desnecessária (total ou parcialmente) a pena aplicável. Seja como for, o Estado promove o arrependimento do agente na comunidade que constitui um dos fins de política criminal do sistema de justiça (artigo 40º do CP português) [e] se o arrependido efetivamente se arrepende, ou não, já não depende em rigor, do Estado” (TORRÃO, 2016, p.171).

<sup>288</sup> Por exemplo, aponta Bottino que independentemente da maior segurança trazida às partes por meio da existência de um acordo escrito de colaboração premiada, não modifica-se sobremaneira a natureza de cooperação da colaboração premiada, nem o “marco teórico no qual está baseada: o utilitarismo penal” (BOTTINO, 2016, p.375).

<sup>289</sup> PRADO; CASARA, 2012, p.71

<sup>290</sup> E colocamos assim por entendermos que a tendência expansionista dos modelos de negociação, consenso e diversificação do processo penal não é mais que uma exigência para a sobrevivência do sistema de justiça processual penal de modelos de celeridade, simplificação e de economia processual. Neste sentido, conferir RODRIGUES, 20033 (a), p.39; e BRANDÃO, 2015, p.168.

“adequado ao projeto constitucional de vida digna para todos [e que] exige respeito aos direitos fundamentais e à capacidade de punir em atenção ao devido processo penal”<sup>291</sup>.

Assim também reflete Manuel da Costa Andrade ao propor, por um lado, a impossibilidade de um processo perspectivado e estruturado em termos de consensualidade absoluta, o qual “teria que se desenvolver a margem de toda a coerção e domínio e desembocar em decisões finais comunicativamente obtidas e isentas de todo o conteúdo de frustração” e, por conseguinte, impossível em um procedimento preordenado à aplicação de uma pena. Por outro lado, “além de inviável, um modelo de consenso puro seria igualmente, de um ponto de vista ético-jurídico, indesejável”, porquanto incompatível com o processo penal alinhado e sob as exigências e valores do Estado de Direito<sup>292</sup>.

Para mais, saliente a incompatibilidade da colaboração premiada, como meio de obtenção de prova que o é, com o “cânone do Estado de Direito e dos princípios constitucionais – penais e processuais penais, mas não só, que dele se projectam ou gravitam na sua órbita” tanto no caso português, como apontado por Canotilho e Brandão<sup>293</sup>, quanto no brasileiro – a despeito de sua vigência. Isto justamente pelo modo com o qual é assumida e acionada pelas autoridades judiciárias brasileiras, por suas contradições em sede probatória e pelas refrações processuais da reserva de juiz e da reserva de lei<sup>294</sup>.

Por conseguinte, para que a colaboração premiada deixasse de ser apenas um mito de um suposto consenso e pudesse vir a ser um instituto que, inegavelmente efetivo enquanto meio de produção de prova no âmbito da criminalidade organizada, respeitasse a ordem constitucional penal e processual penal, nomeadamente como aqui estudamos, os princípios do *nemo tenetur*, da legalidade em seu sentido de vigência e conformidade da

---

<sup>291</sup> PRADO; CASARA, 2012, p.71.

<sup>292</sup> ANDRADE, 1995, p.227;330.

<sup>293</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 146, n.4000, 2016, p.21; 23.

<sup>294</sup> Tão grave a incompatibilidade da colaboração premiada com a ordem jurídica portuguesa que os autores Canotilho e Brandão apontam que nem colaborar com o Estado brasileiro seria permitido ao Estado português, já que “prestar auxílio, neste caso significaria, enfim, renegar a jusestadualidade que deve constituir a marca-de-água da actuação das autoridades públicas portuguesas” (CANOTILHO; BRANDÃO, 2016, p.38).

norma e persecução penal por parte do Ministério Público, do juiz natural e, por fim, mas não menor em relevância, o da preferência pelas reações não punitivas.

## Conclusão

Em vista do estudado acerca da colaboração premiada é possível apresentar as principais ideias conclusivas acerca deste instituto como forma – ou não – de consenso no processo penal.

1. Há um processo histórico de abertura de espaços de consenso e oportunidade a partir da criação de mecanismos de diversão e desjudicialização que, inicialmente voltados para a pequena e média criminalidade, passam a abranger também a grande criminalidade, nomeadamente a organizada. Neste sentido, Convenções Internacionais como a das Nações Unidas contra o Crime Organizado e a das Nações Unidas Contra a Corrupção são essenciais para entender a inserção de formas de colaboração na obtenção de provas em crimes organizados a partir do consenso entre os sujeitos processuais. Surgindo, neste contexto, a colaboração premiada conforme instituída pela Lei nº 12.850/2013 no Brasil;

2. A colaboração premiada é entendida como necessária a partir das dificuldades investigativas que rondam a criminalidade organizada, com o fito de obter uma persecução penal para este tipo de crime sob o argumento da insuficiência dos métodos tradicionais do Direito Processual Penal baseado no sistema da legalidade;

3. A natureza jurídica de cunho penal da colaboração premiada varia consoante o prêmio a ser concedido ao colaborador. Assim que pode exercer funções de extinção de punibilidade a partir do perdão judicial, causa de diminuição de pena, causa de fixação de regime de cumprimento da pena ou até mesmo causa de substituição de pena;

4. Apesar do inicial dissenso quanto à natureza jurídica processual penal da colaboração premiada, entende-se em última instância que exerce a função de meio de obtenção de prova. Afinal, é a partir da colaboração premiada que se permite o acesso as demais fontes ou meios de prova efetivamente postos ao contraditório e à ampla defesa no decorrer do devido processo legal;

5. Já sob a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada atém-se ao fato de que o mesmo pode ser definido como um negócio jurídico nos casos em que se entende desnecessária a homologação judicial pelo juízo competente, ou seja, naqueles em que, mesmo havendo a dita fase homologatória, caberá apenas ao Ministério Público a decisão

sobre oferecer ou não a denúncia como prêmio ao colaborador, em um verdadeiro negócio contratual;

6. A colaboração premiada pode ocorrer antes do oferecimento da denúncia no decorrer do Inquérito Policial, durante a fase judicial e ainda na fase pós-processual, quando da execução da pena. E seu procedimento pode ser dividido em quatro fases: propositura e negociação do acordo de colaboração premiada, homologação judicial, produção probatória e, por fim, valoração dos resultados obtidos e concessão dos prêmios;

7. A negociação da colaboração premiada é fase na qual participam necessariamente o órgão do Ministério Público, o colaborador e seu defensor, podendo, nos casos em que ocorra durante o Inquérito Policial, contar com a participação do delegado de polícia. É requisito essencial do acordo que seja celebrado voluntariamente pelo colaborador, sem qualquer tipo de coação (física, moral ou psicológica) ou concessão de promessas de vantagens ilegais. Ademais, o acordo é necessariamente um instrumento formal que deverá ser registrado e reduzido a termo por escrito;

8. A homologação do acordo de colaboração premiada será realizada pelo juízo competente a partir da avaliação de sua regularidade, legalidade e voluntariedade sem que, entretanto, analise o mérito das declarações ou de seu conteúdo – já que estes estariam dentro da órbita de disponibilidade do colaborador e do Ministério Público e, eventualmente, do delegado de polícia. Caso não homologue o acordo, entende-se que deverá ser concedida oportunidade às partes de manifestarem antes de sua adequação, com possibilidade de retratação. Ademais, quanto ao acordo homologado, que o mesmo deverá ter seu sigilo protegido no curso investigativo, mas, que com o recebimento da denúncia em relação ao colaborador, deverá ser publicitado; sendo que em qualquer caso só poderá haver sua publicidade a partir de uma autorização judicial – a fim de avaliar os interesses conflitantes do colaborador e de eventuais delatados. Entrementes, que a realidade brasileira é a da ampla publicidade sensacionalista dos acordos de colaboração premiada e, inclusive, das declarações do colaborador;

9. A produção probatória consiste, por sua vez, em nada mais que a colaboração pretendida no acordo homologado. Assim que, nos casos em que esta colaboração já se deu antes de iniciado o decurso do processo penal ou mesmo antes da homologação do acordo de colaboração premiada, será suprimida. Entende-se, por analogia e em razão da falta de previsão legal, que o colaborador deverá ser ouvido, no que couber, com atenção aos

trâmites do interrogatório, consoante os artigos 185º à 195º do CPP. E que suas declarações deverão ser registradas por escrito e por meios audiovisuais;

10. Na última fase do procedimento da colaboração premiada serão averiguados se foram obtidos um dos resultados previstos na Lei nº 12.850/2013 a partir da corroboração da colaboração com outros elementos probatórios obtidos em contraditório. Assim, se efetiva a colaboração, serão concedidos os prêmios previamente acordados, que podem consistir, legalmente: no não oferecimento da denúncia para o colaborador que não seja líder da organização criminosa e seja o primeiro a efetivamente colaborar; o perdão judicial se requerido pelo Ministério Público ao juiz no curso do processo penal, a redução da pena em até dois terços ou a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em acordos celebrados antes da sentença; ou, por fim, a redução da pena em até a metade ou progressão de seu regime de cumprimento no caso de colaboração pós-sentencial;

11. Como consequências da colaboração premiada temos o dever do colaborador em renunciar ao seu direito ao silêncio e estar vinculado ao compromisso legal de dizer a verdade em todos os depoimentos que prestar; que não se exige legalmente do colaborador um arrependimento real marcado pela confissão, podendo o mesmo ser declarado inocente pelo juiz ao final do processo penal independentemente de sua colaboração; que é impraticável a concessão do prêmio caso da colaboração não advenha nenhum dos resultados esperados e que o colaborador passará a figurar no processo penal de diferentes maneiras, seja como réu em seu processo penal ou mesmo corréu e “auxiliar” da acusação (como colaborador com a justiça) em eventuais processos penais instaurados em face de delatados. Por fim, como as consequências esperadas da colaboração, foram estudados os prêmios que podem ser concedidos conforme a previsão exaustiva, ainda que não seguida na prática jurisdicional brasileira, da Lei nº 12.850/2013;

12. Conclui-se que a colaboração premiada traz problemas específicos, seja por sua previsão legal, seja pela sua aplicação prática, quanto aos princípios constitucionais penais e processuais penais do *nemo tenetur se ipsum accusare*, da legalidade e/ou obrigatoriedade, da reserva de juiz ou do juiz natural e da preferências pelas reações não punitivas;

13. Assim, que arguido – ou réu para o processo brasileiro – não tem sobremaneira o dever de colaborar com a administração da justiça penal, sendo-lhe assegurados os direitos

ao silêncio e o privilégio à não autoincriminação, os quais somente poderão ser derogados por expressa previsão legal. De tal forma que, a princípio, por ser a colaboração premiada instrumento processual previsto em lei, não constituiria empecilho ao princípio do *nemo tenetur*. Mas que, justamente pela falta de muitas previsões legais acerca de seu procedimento e o desrespeito aos demais, causa embates graves a este direito fundamental do arguido;

14. O princípio da legalidade no sentido de vigência normativa da norma, ou seja, de que não pode haver crime, persecução penal ou incidência de pena sem lei escrita e anterior, também é posto em xeque com a colaboração premiada, ainda que, a princípio, sua positivação por meio da Lei nº 12.850/2013 tenha sido um avanço positivo. Isto porque a realidade jurisdicional brasileira demonstra que não é seguido o procedimento quando previsto legalmente e são criados meios extra legais, como a partir de benefícios penais e processuais não dispostos na Lei nº 12.850/2013.

15. Que a colaboração premiada também constitui exceção ao princípio da legalidade no sentido da promoção obrigatória da ação penal pelo Ministério Público, também nomeado de princípio da obrigatoriedade pela doutrina brasileira, vigente em ambos os sistemas normativos português e brasileiro a despeito da inicial falta de previsão expressa constitucional pela CF/88. Afinal, é procedimento a partir do qual pode o Ministério Público, ainda que em uma discricionariedade vinculada, optar pelo não oferecimento da denúncia – como um dos maiores prêmios possíveis – e, ademais, permitir ao arguido, a partir do consenso quanto aos demais prêmios possíveis, um caminho que difere ao que seria tomado em um processo penal regular em um verdadeiro poder dado ao órgão do MP.

16. Patente também a ofensa da colaboração premiada em relação ao princípio do juiz natural ou da reserva de juiz, também vigente nas ordens constitucionais brasileira e portuguesa. Em primeiro lugar nos acordos de colaboração em que, apesar de homologados por um juízo competente, o Ministério Público por si mesmo avalie a efetividade da colaboração (e as provas que a corroborem não submetidas ao devido contraditório processual) e opte pelo não oferecimento da denúncia. Ademais, pelo comprometimento de sua imparcialidade em ser o juiz da causa e analisar o conteúdo probatório posto em contraditório e ditar a sentença quando já havia analisado os termos do acordo de colaboração premiada e o homologado anteriormente. E, por fim, em razão do desrespeito

jurisdicional da prática brasileira em relação às regras específicas, ditadas pelo Código de Processo Penal, quanto à conexão e continência dos processos penais.

17. Por fim, que é a colaboração premiada instituto ofensivo ao princípio da preferência pelas reações não punitivas, este como uma consequência e extensão da máxima do Direito Penal como *ultima ratio* da ordem jurídica. Afinal, pela colaboração premiada busca-se conseguir a condenação do maior número possível de envolvidos na organização criminosa, com o auxílio a abreviações no devido processo legal e, em muitos casos, meios de coação ao colaborador e ao eventual delatado, inclusive a partir da decretação da prisão preventiva destes – ainda que nos termos da lei, mas sempre tendo em vista uma coação psicológica para a captação de mais colaboradores.

18. Com a pesquisa realizada foi possível concluir a importância em compreender o consenso no processo penal não apenas como um instrumento de diálogo entre os sujeitos processuais ou ainda aberturas de oportunidade, mas sim como um elemento que deve respeito à ordem constitucional penal e processual penal.

19. Ademais, que a colaboração premiada, tanto por seu desenho legal quanto sua aplicação jurisdicional concreta, abriu flancos a um verdadeiro negócio entre partes interessadas, na qual predomina elementos de economia de mercado e a desigualdade entre os sujeitos “contratantes”. Sendo parte de um verdadeiro contexto de expansão do Estado de Polícia sobre o Estado Democrático de Direito, que privilegia a criminalização e penalização de condutas e vê na política criminal a solução para as dificuldades da política de segurança pública;

20. Reflete-se, ainda, sobre a tentativa de expansão do consenso em moldes similares aos da Colaboração Premiada, tanto no Brasil quanto em Portugal. Desta forma, tramita atualmente no Congresso Nacional brasileiro o PL nº 882/2019 enquanto em Portugal são feitas sugestões pela doutrina no sentido de expansão do processo sumaríssimo para se permitir a negociação de pena de prisão ou mesmo a permissão da figura de um “arrepentido-colaborador” que colaborasse e recebesse benefícios antes da Audiência de Instrução e Julgamento;

21. Propostas estas que ganham força e ignoram que a colaboração premiada, tomada como um exemplo positivo para estas, por si só e como legislada (ainda que apenas para a criminalidade organizada, por exemplo) constitui uma afronta irremediável à ordem constitucional penal e processual penal, seja a vigente no Brasil, seja a em Portugal. Sua

compatibilização, ainda que fosse dado mais espaço aos direitos e garantias dos réus e investigados no corpo da Lei nº 12.850/2013, é problemática dada a sua aplicação jurisdicional em concreto, sustentada justamente na aplicação de medidas *extra legem* e *praeter legem*. Fato este que, apesar de ser possível de inferir com o trabalho realizado, traz a necessidade de eventuais pesquisas jurisprudenciais mais específicas e completas para uma melhor análise.

22. Por conseguinte, que a fim de garantir um futuro positivo ao Direito Processual Penal, devemos repensar a estrutura da colaboração premiada a fim de que a mesma possa ser, se de fato necessária na persecução penal da criminalidade grave e organizada, reestruturada a fim de atender à noção constitucional de consenso. Ou seja, com o fito de atender aos princípios irrenunciáveis (ainda que derogáveis dentro das normas da legalidade) da legalidade e/ou obrigatoriedade, do juiz natural ou reserva de juiz e da preferência pelas reações não punitivas.

## Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes; NEVES, José Francisco. Uma proposta de justiça negociada. *Revista do CEJ*, v. XI, 2011, p.109-223.

—————, *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007.

—————, Processo Sumaríssimo: lembranças de um instituto esquecido. *Direito e Cidadania*, v. VIII, n. 26, 2007.

ALONSO, Guilherme de Oliveira. A colaboração premiada e o princípio *nulla poena sine iudicio*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 14, n. 83, 2018, p. 71-93.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, p. 319-358.

—————, *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

—————, Problemática Penal no Tribunal Constitucional Português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, n. 92, 2011, p. 13-30.

AZEVEDO, David Teixeira. A colaboração premiada num direito ético. *Boletim IBCCRIM*, ano 87, v. 7, 1999, p. 5-7.

—————, Delação premiada e direito de defesa. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, v. 256, 2014, p. 4-5.

BADARÓ, Gustavo. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, n. 24, 2016, p. 171-204.

—————, A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 112, n. 20, 2015 (a), p. 165-188.

—————, *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

—————, *Quem está preso pode delatar?* 23 jun. 2015. *JOTA*. Disponível em <[https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015](https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015)>. Acesso em 15 jan. 2019.

—————, O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei 12.850/2013. *Revista Jurídica Consulex*, v. 443, 2015.

BALLAN JUNIOR, Octahydes. Colaboração Premiada: instrumento para a efetivação da política criminal brasileira. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 12, n. 70, 2016, p. 33-53.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo :Editora Pillares, 2013.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, 2003, p. 209-223.

BORRI, Luiz Antônio. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017, p. 167-187.

—————, Delação premiada do investigado acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. *Boletim IBCCRIM*, ano 24, n. 285, 2016, p. 6-8.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, n. 24, 2016, p. 359-390.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, n. 25, 2015, p. 161-178.

CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº.52/2003, de 22 de agosto). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 135, n. 3935, 2005, p. 70-89.

—————, Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, n. 84, 2000, p. 31-47.

CALADO, Antônio Marcos Ferreira. *Legalidade e oportunidade na investigação criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, 2016, p. 16-37.

—————, Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, n. 133, 2017, p. 133-171.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campinas: Book Seller, 2001.

CARVALHO, Américo Taipa. Prevenção, culpa e pena – Uma concepção preventivo-ética do Direito Penal. IN: ANDRADE, Manuel da Costa (org) et al. *Liber Disciulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 317-330.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho; WUNDER, Paulo. Colaboração premiada: justa causa para quê? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 26, n. 148, 2018, p. 283-318.

CASTRO, Matheus Felipe. Abrenuntio Satanae! A colaboração premiada na lei nº 12.850/2013: um novo paradigma de sistema penal contratual? *Revista de Estudos Criminais*, v. 17, n. 69, 2018, p. 171-219.

CHISTIE, Nils. Conflicts as Property. *The British Journal of Criminology*. v. 17, 1977, p. 1-15.

CID, Daniel Del. A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional. *Boletim IBCCRIM*, ano 276, v. 23, 2015, p. 15-16.

CORREIA, João Conde. *Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2017.

CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro. *Os Acordos sobre a sentença em processo penal: um novo consenso no direito processual penal*. Dissertação do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais: Universidade de Coimbra, 2013.

COSTA, José de Faria. Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLI, ano 1985, p. 1-70.

—————, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal. *Separata ITEC*, ano 1, n. 4, 2000.

DAVID, Décio Franco. Efeitos extrapenais da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, ano 313, v. 26, 2018, p. 11-12.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

—————, *Direito Penal. Parte Geral: Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

—————, *Direito penal português. Parte Geral II: As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

—————, *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

—————, O processo penal português. IN: MONTE, Mário Ferreira (org) et al. *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 805-819.

—————, O sistema sancionatório português no contexto dos modelos da política criminal. *Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*. Coimbra, 1988.

—————, Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 43, 1983, p. 5-40.

—————, Sobre o sentido do princípio jurídico-constitucional do juiz natural. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 111, n. 3615, 1978, p. 83 ss.

DIVAN, Gabriel. Crítica científica de “a colaboração premiada como instrumento de polícia criminal” – um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017, p. 417-428.

ENCCLA. *Manual da Colaboração Premiada*, jan. 2014. Disponível em <[www.mpf.mp.br](http://www.mpf.mp.br)>. Acesso em 26 mar. 2019.

ESSADO, Thiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 101, 2013, p. 203-227.

FATTORI, Thiago Alessandro. Breves considerações acerca da orientação conjunta 1/2018 do Ministério público Federal: a negociação do acordo de colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, ano 312, v. 26, 2018, p. 10-12.

FERNANDES, Fernando Andrade; AIRES, Murilo Thomas. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017, p. 253-284.

FERNANDES, Fernando Andrade; GOMES, Ana Cristina. Acerca da experiência brasileira com o instituto da delação premiada. Expectativas político-criminais transmudadas em políticas públicas criminais. *Revista Jurídica Lex*, v. 83, 2016.

FERNANDES, FERNANDO Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón (teoría del garantismo penal)*. Madrid: Trotta, 1995.

FERREIRA, Luciano; SILVA, Marcos Pereira; SANTOS, Verçulina Firmino. Garantias liberais e eficácia repressiva: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, n. 25, 2017, p. 197-222.

FIDALGO, Sonia. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v. 16, n. 1, 2006, p. 115-148.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público*. São Paulo: Manole, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio do juiz natural e a sua dupla garantia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

GUARIGLIA, Fabricio O. Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. *Doctrina Penal: teoría y practica en las ciencias penales*, año 13, 1990, p. 181-192.

HULSMAN. Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luan Editora, 1993.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

—————, *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

—————, *Fundamentos do Processo Penal*. Aveiro: Artipol, 2016.

MACEDO, Fauto. A escolha é do delator, não é do Estado, diz procurador. *Estadão Política*, 26 abr. 2016. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br>>. Acesso em 25 mar. 2019.

MARQUES, Antônio S. Peixoto. A colaboração Premiada: um Braço da Justiça Penal Negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 60, 2014, p. 32-66.

MATOS FILHO, Renato de Souza. Do mensalão à lava-jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 302, v. 26, 2018, p. 15-17.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal v.1. Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Flaviane; BONACCORSI, Daniela. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 122, 2016 p. 93-114.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

PALMA, Maria Fernanda. Crimes de terrorismo e culpa penal. *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PAULA, Renato Tavares; BRAGA, Priscila dos Santos. Presunção de inocência e acordos criminais. *Boletim IBCCRIM*, ano 26, n. 313, 2018, p. 13-15.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, v. 17, n. 59, 2013 (a), p. 84-99.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013 (b).

PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. Tradução por Luís Henrique Machado. *Direito Público*, v. 13, n. 74, 2017, p. 30-51.

PINHO, Humberdo Dalla Bernadina. Colaboração premiada: um negócio jurídico? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 13, n. 73, 2016, p. 26-48.

—————, Os benefícios legais da colaboração premiada. *Revista Magister de Direito Penal*, v. 14, n. 82, 2018, p. 52-76.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da lei nº 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 10, n. 56, 2013, p. 24-29.

PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens. Eficientismo repressivo e garantismo penal: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 17, n. 19/20, 2012, p. 67-74.

PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, 2016, p. 135-169.

—————, Justiça penal consensual. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v.5, n.9, 2000, p.335-361.

—————, Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org). *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informatização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PRADO; Geraldo. *Transação Penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

RAMOS, Vânia Costa. Corpus Iuris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista do Ministério Público*, ano 27, n. 109, 2007, p. 57-96.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 318, 2019, p. 6-8.

REIS, Célia. Os efeitos do arquivamento em caso de dispensa de pena. In: MENDES, Paulo (org) et al. *Questões avulsas de processo penal*. Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito Lisboa, 2000, p. 37-45.

RIOS, Rodrigo Sánchez; FARIAS, Renata Amaral. O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 148, n. 26, 2018, p. 319-347.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v. 8, n. 2, 1998, p. 223-250.

—————, Celeridade e eficácia: uma opção político-criminal. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro Faria*. Coimbra: Almedina, 2003 (a), p.39-67.

—————, Política criminal – Novos desafios, velhos rumos. In: ANDRADE, Manuel da Costa (org) et al. *Liber Disciulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 207-234

Rodriguez-Garcia, Nicolás. *La Justicia Penal Negociada: experiencias de derecho comparado*. Ediciones Universidad Salamanca: Salamanca, 1997.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantízano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

—————, Sobre o desenvolvimento do direito processual alemão. In: MONTE, Mário Ferreira (org) et al. *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 385-398.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal; para além da classificação dicotômica das finalidades. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 22, n. 2, 2012, p. 175-200

SANTOS, André Teixeira. Do processo Sumaríssimo. *Do Direito*, v. 137, n. I, 2005, p. 137-189.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*. Coimbra: Almedina, 2018.

—————, A impossibilidade de o Ministério Público premiar a delação, a obrigatoriedade da ação penal e o princípio da reserva de juiz. *Revista da ESMAL*, n. 6, 2017, p. 53-68.

—————, Decisão Penal Negociada. *Julgar*, n. 25, 2015, p. 144-160.

—————, *A justiça Restaurativa. Um modelo de Reacção ao Crime diferente da Justiça Penal. Porquê, Para Quê e Como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

—————, *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

—————, Um crime, Dois Conflitos. E a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 17, n. 3, 2007, p. 459-474.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017, p. 131-166.

SILVA, Germano Marques. Plea Bargaining e acordos sobre a sentença. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 28, n. 1, 2018, p. 95-117.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O papel do juiz na homologação do acordo de colaboração premiada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 71, 2018, p. 107-136.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. *Opinio Delicti*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antônio. A legitimidade do terceiro delatado para discutir o acordo de colaboração premiada em face da concessão de benefícios extrapenais. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, v. 316, 2019, p. 22-23.

—————, A readequação dos procedimentos processuais penais em face da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, ano 296, v. 25, 2017, p. 15-16.

SQUILACE, Adriano; CORDAS, Nair Maurício. Delação Premiada. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, v.46, 2017, p.15-28.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017, p. 189-224.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016, p. 376-395.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

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

TORRÃO, Fernando José Pinto. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

—————, Princípio da oportunidade no quadro da criminalidade organizada e económico-financeira: em especial, a figura do “arrependido-colaborador”. In: VALENTE, Manuel (coord). *IV Congresso de Processo Penal: I Congresso Luso-Brasileiro de Criminalidade Económico-Financeira*. Coimbra: Almedina, p. 157-174.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ULIANO, Beatriz Corrêa Elias. Suspensão condicional do processo e princípio da presunção de inocência. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 29, 2010.

WESTEN, Peter. The empty idea of equality. *Harvard Law Review*, v. 95, n. 3, 1982, p. 537-596.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime Organizado”: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 1, n. 1, 1996, p. 45-64.

ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, 2017, p. 2-4.

## Jurisprudência

Ministério Público Federal. *Orientação Conjunta nº1/2018: Acordos de Colaboração Premiada*. Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2019.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Acordo de Colaboração Premiada entre José Sérgio de Oliveira Machado e o MPF*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>>. Acesso em 06 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508*. Ministro Relator Marco Aurélio de Melo. 25 jun. 2018. Dje 26 jun. 2018.

—————, *AP n. 470 Agr.* Ministro Relator Joaquim Barbosa. Dje. 02 out. 2009.

—————, *Habeas Corpus N.127.483-PR.* Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. 27 ago. 2015.

—————, *Habeas Corpus 138.207 – PR.* Relator Ministro Edson Fackin. 25 abr. 2017.

—————, *Habeas Corpus N. 90.688-PR.* Ministro Relator Ricardo Lewandowski. 12 fev. 2008. Dje 24 abr. 2008.

—————, *Inquérito 4.130 QO/PR.* Ministro Relator Dias Toffoli. 23 set. 2015.

—————, *Mandado de Segurança n. 33.278-DF.* Ministro Relator Roberto Barroso. 18 nov. 2013. Dje 19 nov. 2014.

—————, *Petição nº5209/DF.* Ministro Relator Teori Zavascki. 29 set. 2014.

—————, *Petição nº5244/DF.* Ministro Relator Teori Zavascki. 12 dez. 2014.

—————, *Petição nº5624/DF.* Ministro Relator Teori Zavascki. 23 jun. 2015.

—————, *Petição nº7265/DF.* Ministro Relator Ricardo Lewandowski. 14 nov. 2017.

—————, *Rcl 21258 AdR*. Ministro Relator Dias Toffoli. Segunda Turma. 15 mar. 2016. Dje 19 mar. 2016

—————, *Recurso em Habeas Corpus n 76.026-RS*. Ministro Relator Feliz Fischer. 11 out. 2016

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. *Apelação Criminal n. 5012331-04.2015.04.7000/PR*. Ministro Relator João Pedro Gebran Neto. 27 jun. 2017.

—————, *Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.04.70000/PR*. Ministro Relator João Pedro Gabran Neto. 30 jan. 2018.

—————, *Habeas Corpus n. 5036273-16.2015.404.0000*. Ministro Relator João Pedro Gabran Neto. 20 nov. 2015.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 75/ 1987, de 25 de mayo*. Disponível em < <http://hj.tribunalconstitucional.es/el/Resolucion/Show/807>>. Acesso em 20 jan. 2019.