

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

JAQUES GHEINER

COLABORAÇÃO PREMIADA

RIO DE JANEIRO
2018

JAQUES GHEINER

COLABORAÇÃO PREMIADA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Professora Doutora Simone Shreiber.

RIO DE JANEIRO
2018

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais pela criação, educação e pelo apoio permanente.

À Gilda querida companheira e parceira de uma vida.

Aos filhos Fernando e Alexandre, às noras Liana e Iessi e ao neto Vicente por constituírem, junto com Gilda, uma família encantadora.

À minha amiga e colega de profissão Ana Raquel, que foi companheira durante todo o percurso da faculdade.

Aos amigos e colegas da turma de Direito da UNIRIO que com suas parcerias e suporte ajudaram muito a tornar possível a empreitada do curso de Direito.

À Professora Simone Schreiber, pelas excelentes aulas que me introduziram ao Direito Processual Penal com uma didática leve e profunda, como também pela orientação no presente trabalho.

Ao conjunto de professores do curso de Direito da UNIRIO pela dedicação e empenho em levar aos alunos o melhor dos seus conhecimentos durante os respectivos cursos.

Ao Dr. Fabio Aragão que com sua dedicada orientação proporcionou um estágio enriquecedor no Ministério Público Federal, além de facilitar o acesso à biblioteca do MPF para a feitura do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho aborda aspectos da colaboração premiada. Numa primeira etapa o trabalho conceitua o instituto. Um levantamento histórico internacional é realizado que serve de base para que seja feita uma análise de direito comparado. O trabalho prossegue com um apanhado da evolução legislativa no Brasil. É feita uma confrontação do instituto com os princípios constitucionais, tanto os que o confrontam como os que o suportam. Os aspectos procedimentais, que são tanto restritivos como legitimadores do instituto, são analisados. A eficácia do instrumento como meio de prova é abordada. É analisada a relação da colaboração com outros institutos da legislação penal e da jurisprudência. É feito breve estudo sobre o acordo de leniência e sobre a questão das competências de diversos órgãos ou entidades estatais. Por fim são tecidas conclusões.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Colaboração Premiada.

ABSTRACT

This paper approaches the award-winning collaboration. In a first stage the work conceptualizes the institute. An international historical survey is carried out that serves as a basis for an analysis of comparative law. The work goes on with a look at legislative developments in Brazil. The institute is confronted with constitutional principles, both those who confront it and those who support it. The procedural aspects, which at the same time restrict and legitimize the institute, are analyzed. The effectiveness of the instrument as a means of proof is addressed. It analyzes the relationship of collaboration with other institutes of criminal law and jurisprudence. A brief study on the leniency agreement is made and the question of the competencies of various state bodies or entities is addressed. Finally, conclusions are drawn.

Key words: Criminal Procedural Law. Award-Winning Collaboration.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONCEITO.....	10
3. HISTÓRICO E LEGISLAÇÃO COMPARADA	12
3.1. ESTADOS UNIDOS.....	12
3.2. ITÁLIA.....	17
3.3. ALEMANHA	19
3.4. ESPANHA.....	24
3.5. PORTUGAL E BRASIL COLONIAL.....	26
3.6. PORTUGAL.....	29
4. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL.....	31
5. DA APLICAÇÃO DAS VÁRIAS NORMAS DE COLABORAÇÃO PREMIADA	41
6. CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA	43
6.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	43
6.2. O CUSTO DA ALTERAÇÃO DA DINÂMICA DO PROCESSO PENAL E SUA JUSTIFICATIVA CONSTITUCIONAL	46
6.3. JUSTIFICATIVA CONSTITUCIONAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	49
7. VINCULAÇÃO E PROCEDIMENTOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA	56
7.1. VINCULAÇÃO E EXTENSÃO DO ACORDO	56
7.2. PARTES NO ACORDO DE COLABORAÇÃO.....	57
7.3. FASE PRELIMINAR.....	58
7.4. MOMENTO DO ACORDO.....	59
7.5. FORMA DO ACORDO	60
7.6. OBRIGAÇÕES DO COLABORADOR E DOSAGEM DO PRÊMIO	60
7.7. AS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR EM JUÍZO	61
7.8. PAPEL DO JUIZ.....	61
7.9. FALSA DELAÇÃO	63
8. EFICÁCIA PROBATÓRIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	63
8.1. EFICÁCIA PROBATÓRIA DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR.....	63
8.2. DELATADO E COLABORAÇÃO PREMIADA	66
9. PRISÃO CAUTELAR E COLABORAÇÃO PREMIADA	67
10. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E COLABORAÇÃO PREMIADA	68
10.1. HISTÓRICO.....	69
10.2. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA E COLABORAÇÃO PREMIADA ..	73
11. FORO PRIVILEGIADO E COLABORAÇÃO PREMIADA	74

12.	ACORDO DE LENIÊNCIA.....	77
12.1.	OS DOIS CONTEXTOS DE ACORDO DE LENIÊNCIA.....	77
12.2.	MULTIPLICIDADE DE ÓRGÃOS E ENTIDADES DE CONTROLE.....	83
13.	CONCLUSÃO.....	86
	REFERÊNCIAS	88

1. INTRODUÇÃO

No cenário brasileiro em que parcela significativa de políticos, gestores públicos e empresários, em associação uns com outros, praticam crimes de constituição de organização criminosa, de corrupção, de “lavagem”, contra o sistema financeiro, contra a ordem tributária, entre outros, causando danos ao erário público e prejuízo à livre concorrência, reveste-se de grande interesse a análise do instrumento da colaboração premiada como instrumento efetivo, tanto no desenvolvimento da investigação e do processo criminal como na identificação e punição de culpados por crimes de maior gravidade entre os quais os se destacam os econômicos.

A colaboração premiada no Brasil tem duas vertentes. Uma na área da persecução penal onde recebe esta denominação. Outra na área administrativa onde recebe a denominação de acordo de leniência.

No âmbito do Direito Penal, entende-se a colaboração premiada como uma ferramenta de investigação e obtenção de meios de prova, para crimes praticados por organizações e associações criminosas, ou por agentes em concurso, baseada na cooperação da pessoa indiciada ou acusada ou condenada, em troca de uma redução da pena restritiva de liberdade, ou de perdão judicial ou da substituição da pena restritiva de liberdade por uma (ou mais de uma) restritiva de direitos, ou de progressão de regime de cumprimento de pena.

A colaboração deve fornecer elementos de prova que permitam, isolada ou cumulativamente, a identificação de demais coautores e partícipes, a revelação da estrutura e divisão de tarefas da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais, a localização de vítimas com integridade física preservada.

O acordo de leniência constitui o *alter ego* da colaboração premiada *lato sensu* no âmbito administrativo, permitindo que empresas, dirigentes e administradores que tenham participado de cartel, de prática anticoncorrencial, de fraudes a licitações ou contratos, de corrupção ativa, colaborem com as investigações e com o processo administrativo em troca de uma redução da penalidade administrativa aplicável ou da extinção da ação punitiva da administração pública.

A colaboração deve, cumulativamente, envolver o fornecimento de novos elementos de prova, a cessação da conduta ilegal, e a confissão da participação no ilícito. Tanto a colaboração premiada como o acordo de leniência tiveram inspiração nos institutos equivalentes ou análogos já existentes nos Estados Unidos e em países da Europa Ocidental.

O procurador da República Deltan Dallagnol, coordenador da força-tarefa do Ministério Público Federal na Operação Lava Jato, maior operação anticorrupção já realizada no Brasil, estimou, em 2015, que os esquemas de corrupção no Brasil desviam dos cofres públicos algo em torno de R\$ 200 bilhões por ano¹. No mesmo ano o orçamento da Lei Orçamentária Anual (LOA) destinou R\$ 109,2 bilhões para a Saúde e R\$ 101,3 bilhões para a Educação². Conclui-se, portanto, que os investimentos do poder executivo federal nestas duas áreas poderiam praticamente dobrar caso os desvios por corrupção fossem eliminados no Brasil e poderiam aumentar em 50% caso estes desvios fossem reduzidos à metade. A partir destes dados pode-se avaliar a importância da colaboração premiada como instrumento efetivo no combate à corrupção e, como consequência, na recuperação de verbas públicas para relevantes fins sociais.

Em levantamento feito pelo Ministério Público Federal até 14 de maio de 2018, em 4 anos de operação Lava Jato, na justiça de primeiro grau no Paraná foram firmados 163 acordos de colaboração premiada com pessoas físicas, tendo a quantia de R\$ 11,5 bilhões como alvo de recuperação por acordos de colaboração.³

A proposta do presente trabalho é analisar a colaboração premiada no Brasil sob o ângulo histórico, sob o ângulo do direito comparado, sob o ângulo dos princípios constitucionais, sob o ângulo procedimental, sob o ângulo de eficácia probatória e sob o ângulo de sua efetividade em face de outros institutos da legislação penal e da jurisprudência. Adicionalmente, é feita uma abordagem do acordo de leniência e da questão da multiplicidade de órgãos de controle.

Na perspectiva histórica é levantada presença da colaboração premiada na legislação estrangeira bem como a implementação da colaboração premiada no Brasil sob inspiração de instituto equivalente ou análogo em países estrangeiros.

É realizada breve comparação conceitual e histórica com os institutos equivalentes, quanto aos métodos e objetivos, em países que adotaram a *common law* (EUA e Inglaterra) e em países onde vigora a *civil law* (Itália, Alemanha, Espanha, Portugal).

Na perspectiva constitucional é estudada a questão da constitucionalidade da colaboração premiada frente aos direitos fundamentais dos investigados, acusados ou condenados em ponderação com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais difusos e com

1 LOPES, E.; AFFONSO, J. Corrupção desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato. **Estadão**, São Paulo, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

2 GOVERNO DO BRASIL. **Orçamento de 2015 é aprovado pelo Congresso**. Brasília, 18 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2015/03/orcamento-de-2015-e-aprovado-pelo-congresso>> Acesso em: 25 out. 2017.

3 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **A Lava Jato em números no Paraná**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

a segurança pública. Aspectos constitucionais da colaboração premiada em situação de prisão cautelar são analisados.

Na perspectiva procedimental, são analisados os procedimentos da colaboração premiada, seus requisitos e suas consequências.

Na perspectiva de eficácia probatória é analisado se a colaboração premiada e as declarações do colaborador constituem elemento de prova ou meio de obtenção de prova.

Na perspectiva de efetividade do instrumento será analisada a mesma em face de outros institutos da legislação penal e da jurisprudência, como o cumprimento provisório de pena privativa de liberdade, após a condenação confirmatória em segunda instância, e o foro privilegiado.

2. CONCEITO

Trata-se de acordo de colaboração com a investigação ou com o processo criminal que um investigado ou acusado de crime(s) praticado(s) em concurso simples ou por associação criminosa ou por organização criminosa realiza com a autoridade policial ou com o ministério público, seja na fase de investigação ou na fase processual ou mesmo após a sentença, em troca de um prêmio, que pode ser causa especial de redução de pena, progressão para regime de pena privativa de liberdade mais benéfico, perdão judicial ou não oferecimento da denúncia. A colaboração deve resultar na identificação dos outros coautores e partícipes, na identificação da estrutura da organização criminosa, na prevenção de infrações penais, na recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas, na localização de eventual vítima com integridade física preservada. É meio de investigação e meio de obtenção de prova.

A este respeito convém observar a separação conceitual do acordo de colaboração dos depoimentos prestados em juízo pelo colaborador, conforme voto do relator Ministro Dias Toffoli no HC nº 127.483⁴:

[...] o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do

⁴ STF. **HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ**. Relator Ministro Dias Toffoli. Publicado em 27/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.

Segundo acórdão do mesmo *habeas corpus*, a colaboração premiada é, ao mesmo tempo, meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual:

EMENTA [...]

4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.⁵

Segundo Pereira (2016, p. 43-44) “a colaboração premiada é técnica de investigação sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando o ingresso cognitivo dos órgãos de persecução penal no interior da organização criminosa a partir da confissão do colaborador”. De acordo com o mesmo autor, “a atitude cooperativa advém, de regra, da expectativa de prêmio consistente em futura amenização da punição, em vista da relevância da informação voluntariamente prestada.”

As normas premiaais estão na categoria do arrependimento processual, diferenciando-se do arrependimento substantivo por não incidirem na efetivação da ofensa ao bem jurídico pelo colaborador. Se inserem na dinâmica investigativa e/ou processual, trazendo consequências no esclarecimento do fato e na identificação e captura dos coautores e partícipes. Constituem auxílio na repressão, distintamente do arrependimento substancial, como a desistência voluntária, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior, que se relacionam com o plano da ofensa, contribuindo para evitá-la ou minorá-la. A retribuição de prêmio (de direito material) ao colaborador aparece como contrapartida de uma atuação positiva na investigação e no processo penal, consistente na colaboração com a autoridade policial ou judiciária.

⁵ STF. **HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ**. Relator Ministro Dias Toffoli. Publicado em 27/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

3. HISTÓRICO E LEGISLAÇÃO COMPARADA

3.1. ESTADOS UNIDOS

Ao longo do século dezenove, houve a transformação de uma sociedade assentada em bases rurícolas, com reduzidos aglomerados urbanos, para uma organização social pós-revolução industrial centrada nas cidades. O maciço aumento da imigração, levou em algumas décadas a se conviver com os desafios característicos dos grandes centros urbanos. Além de um aumento quantitativo dos delitos criminais houve alteração na natureza dos delitos cometidos. Desta forma os três pilares da velha tradição camponesa e protestante consistentes na igreja, família patriarcal e *neighborhood*, mecanismos tradicionais de controle social, que tinham papel essencial na organização e manutenção da ordem, inclusive coercitivamente, perderam eficácia na qualidade de instrumentos de regulação dos conflitos da sociedade industrial urbanizada.⁶

A alteração mais relevante que esta transformação ocasionou no sistema penal e na organização judiciária foi a passagem de uma dinâmica processual de *accusatorial system*, centrado no *jury trial*, ou seja, realizado mediante debate público frente a jurados, para um *bargaining system*, em que soluções acordadas, fora e antes do debate judicial, preponderam e não passam pela fase de julgamento, tendo como uma das motivações principais dar conta da crescente demanda judicial.⁷

No sistema de justiça americano o *plea bargaining*, é a prática de negociar um acordo entre a acusação e a defesa por meio do qual o réu se declara culpado de uma ofensa menor ou (no caso de múltiplas ofensas) de um número menor de delitos em troca de sentença mais leniente, ou de recomendações, ou de uma sentença específica ou do cancelamento de outras acusações.

O “plea bargaining system” é o que se pode chamar de sistema de negociação da culpa, em que o Ministério Público, como titular ou representante da acusação, negocia a pena diretamente com o acusado colaborador.⁸

Este sistema se caracteriza por amplos poderes de negociação da promotoria com o investigado inclusive na fixação de crime menos grave pelo qual o investigado se declara culpado tendo como consequência uma pena mais leve.

⁶ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 112

⁷ Ibid, p. 113.

⁸ MOSSIN, H. A.; MOSSIN, J. C. O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. 3ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2018, p. 36.

Neste instituto, ocorre o acusado se declarar culpado de um crime menos grave pela autoria do qual se considera inocente, em face da avaliação do risco de ser condenado por um crime mais grave do qual está sendo acusado.

A ampla discricionariedade no *plea bargaining* da fixação de crime diferente daquele que as evidências apontam e a possibilidade de um réu, que de fato é inocente, assumir a autoria de um crime mais leve caracterizam uma ampla latitude de negociação, característica do instituto, que não se estende na normativa de colaboração premiada nos países que adotam o sistema de *civil law*. Nestes últimos a fase de instrução e julgamento é indisponível no processo penal e a fixação da pena tem que passar obrigatoriamente por um magistrado ou tribunal.

No sistema de *plea bargaining* o órgão do Ministério Público (*attorney office*) é quem dirige a investigação policial, e decide se a ação penal deve ser proposta ou não. Este órgão estatal possui liberdade e discricionariedade para fazer acordos, inclusive no que diz respeito à delação premiada e como também à pena a ser aplicada, sendo que a absolvição não é admitida. Portanto, os poderes do Ministério Público são amplos.⁹

Importante observar que o sistema todo de persecução e processo criminal está baseado no *plea bargaining*. Os acordos não são um meio de investigação restrito a certos tipos de crime que envolvem organizações e associações criminosas em crimes específicos e que não permeiam o sistema penal como um todo, como no caso brasileiro.

Em 2001, nos Estados Unidos, 94% dos casos criminais federais foram resolvidos por *plea bargain*.¹⁰

A história americana dos acordos de barganha é bastante obscura, em parte devido ao fato de que na maioria dos locais e jurisdições as barganhas eram consideradas inapropriadas até o final dos anos 60. Algumas das primeiras barganhas ocorreram na era colonial durante os julgamentos das bruxas de Salem em 1692, quando foi dito às bruxas acusadas que elas viveriam se confessassem, mas seriam executadas se não o fizessem. Os magistrados de Salem queriam encorajar confissões e, na tentativa de descobrir mais bruxas, eles queriam que as bruxas que aderissem à confissão testemunhassem contra outras. A declaração de culpa salvou muitas bruxas acusadas da execução. Mais tarde, os julgamentos das bruxas de Salem foram usados para ilustrar um dos mais fortes argumentos contra barganha judicial: que a prática às vezes induz réus inocentes a se declararem culpados.¹¹

⁹ Ibid.

¹⁰ FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America**. Stanford University Press, 2003.

¹¹ MEYER, Jon'a F. **Plea Bargaining**. Encyclopædia Britannica. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining#ref338191>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

Uma diferença entre os casos modernos de acordo e a situação de confissão nos exemplos mais antigos, com forte conotação inquisitorial, está marcada pelo aspecto de voluntariedade do investigado ou acusado.

Houve outros exemplos históricos do que poderiam ser rotulados como barganhas, incluindo a confissão feita por Santa Joana D'Arc em 1431 para evitar ser queimada na fogueira. (Ela foi finalmente executada depois de ter retratado sua confissão.) Os acordos de colaboração modernos diferem de seus antecedentes históricos na medida em que são usados muito mais rotineiramente e parecem ter se desenvolvido a partir de um desejo de dotar de eficiência a solução dos casos em contrapartida com o desejo de obter confissões para fazer com que os processos originais tivessem uma aparência de validade.¹²

Negociações de apelação eram raras no início da história americana. Os juízes pareciam surpresos quando os réus se declaravam culpados e tentavam persuadi-los a ir a julgamento. Já em 1832, os acordos de barganha estavam se tornando comuns em Boston, quando os infratores das ordenanças públicas¹³ podiam esperar sentenças menos severas se se declarassem culpados. Em 1850, a prática se espalhou para os tribunais criminais, e tornou-se rotina para os réus se declararem culpados em troca do não oferecimento de algumas acusações ou outros acordos feitos com o promotor. Possivelmente, o primeiro uso sistemático de negociação de culpa, as barganhas de Boston eram tipicamente para ofensas sem vítimas, então o promotor não teve que considerar as preocupações das vítimas.¹⁴

Mesmo se fossem típicos antes de 1860, foi somente durante a Guerra Civil que os casos de barganha começaram a aparecer nos tribunais de apelação. Esses tribunais reagiram com a mesma surpresa que os juízes dos tribunais de primeira instância expressaram quando encontraram pela primeira vez a barganha e, às vezes, inverteram as condenações baseadas em barganhas.¹⁵

Embora não tenha sido totalmente aceita pelos tribunais de recursos, o *plea bargaining* começou a crescer no início do século XX. Um pesquisador levantou as declarações de culpa (*guilty pleas*) no condado de Nova York, e descobriu que entre 77% e 83% dos réus se declararam culpados entre os anos de 1900 e 1907. Dois acadêmicos na década de 1920 descobriram que barganhas se tornaram prática padrão em outras jurisdições. No Condado de

¹² Ibid

¹³ Uma ordenança local é uma lei geralmente encontrada em um código de leis para uma divisão política menor que um estado ou nação, isto é, um governo local como um município, paróquia, prefeitura, etc.

¹⁴ MEYER, Jon'a F. Plea Bargaining. **Encyclopædia Britannica**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining#ref338191>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

¹⁵ Ibid.

Cook, Illinois, por exemplo, 96% dos processos criminais em 1926 resultaram em confissões de culpa.¹⁶

Na década de 1960, os acordos de barganha ainda eram tratados como antiéticos, na melhor das hipóteses, e ilegais, na pior das hipóteses. Os réus que aceitaram acordos de confissão foram instruídos a não reconhecer as negociações no tribunal, porque isso daria dúvidas sobre se seus pedidos eram voluntários. Em 1967, no entanto, um influente relatório da Comissão Presidencial sobre a Aplicação da Lei e a Administração da Justiça documentou o uso generalizado das negociações e recomendou o reconhecimento da prática.¹⁷

Em 1969, a Suprema Corte dos EUA reverteu a condenação de um homem que havia recebido cinco sentenças de morte depois de se declarar culpado de cinco acusações de roubo, porque o juiz não havia assegurado que as culpas fossem voluntárias (*Boykin v. Alabama*). Os juízes agora asseguram que as alegações de culpa são voluntárias ao interrogar os réus no tribunal.¹⁸

O requisito de voluntariedade, como veremos mais adiante, também comparece nas legislações penais de colaboração premiada de outros países como também na brasileira.

No ano seguinte, a Suprema Corte determinou que é aceitável recompensar com penas reduzidas os réus que se declararam culpados (*Brady vs. Estados Unidos*) e que os réus podem se declarar culpados sem admitir culpabilidade, o que significa que podem barganhar mesmo quando se sentem factualmente inocentes (*Carolina v. Alford*). Em 1971, um quarto caso de barganha determinou que os acusados têm direito a reparação judicial se os promotores quebrarem as condições especificadas em acordos judiciais (*Santobello vs. Nova York*). Em 1978, o tribunal decidiu em *Bordenkircher versus Hayes* que os promotores podem ameaçar trazer acusações adicionais contra os réus que se recusam a negociar, desde que essas acusações sejam válidas.¹⁹

Esta forma de estabelecer uma pressão ao investigado ou ao acusado ameaçando com uma majoração de acusações no caso de não realização de acordo de colaboração não tem lugar na legislação penal brasileira que trata da colaboração premiada.

Juntos, esses cinco casos ilustram a opinião do tribunal superior de que os acordos de barganha (*plea bargains*) são aceitáveis e merecem reconhecimento como acordos válidos. De fato, em *Santobello*, a Suprema Corte chegou a ponto de argumentar que os acordos de barganha

¹⁶ MEYER, Jon'a F. **Plea Bargaining**. Encyclopædia Britannica. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining#ref338191>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

são “não apenas uma parte essencial do processo, mas uma parte altamente desejável por muitas razões”. Assim, os acordos de barganha se tornaram uma rotina estabelecida e protegida.²⁰

Os acordos de barganha (*plea bargaining*) inserem as possibilidades de o réu confessar a culpa por um crime mais leve do que aquele que de fato ocorreu (negociação de acusação), ou de confessar a culpa em troca de uma sentença menos gravosa (negociação de sentença) ou de confessar a autoria apenas de uma parte dos crimes quando há vários crimes envolvidos (negociação de contagem). Estas possibilidades não ocorrem na legislação brasileira relativa à colaboração premiada.

Nos Estados Unidos, a pesquisa mostrou que réus que se declararam culpados recebem sentenças menos severas do que réus com acusações similares que exercem seu direito a julgamento. As estatísticas mostraram que a sentença média após uma condenação por julgamento por júri é geralmente muito maior do que a dada aos réus que se declararam culpados. Parece que apenas se declarar culpado pode reduzir a sentença em cerca de dois terços.²¹

A Lei de Organizações Corruptas e Guiadas por Extorsão, comumente chamada de Lei RICO ou simplesmente RICO, é uma lei federal dos Estados Unidos que prevê penas criminais prolongadas e uma causa para ação civil por atos praticados por parte de uma organização criminosa continuada. O RICO centra-se especificamente na extorsão e permite que os líderes de um sindicato sejam julgados pelos crimes que ordenaram que outros façam ou os ajudaram a fazer, fechando uma lacuna percebida que permitia que uma pessoa que instruiu outra pessoa a, por exemplo, assassinar, ser isenta do julgamento porque ela não cometeu o crime pessoalmente.²²

O RICO foi promulgado pela seção 901 (a) da Lei de Controle do Crime Organizado de 1970 (Pub.L. 91-452, 84 Stat. 922, promulgada em 15 de outubro de 1970). Foi promulgada como Título IX da Lei de Controle do Crime Organizado de 1970, e sancionada por Richard M. Nixon. Embora seu uso original na década de 1970 tenha sido o de processar a máfia, bem como outros que estavam ativamente engajados no crime organizado, sua aplicação posterior foi mais difundida.²³

²⁰ MEYER, Jon'a F. *Plea Bargaining*. **Encyclopædia Britannica**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining#ref338191>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

²¹ Ibid.

²² WIKIPEDIA. **Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Racketeer_Influenced_and_Corrupt_Organizations_Act#Hells_Angels_Motorcycle_Club>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

²³ Ibid.

A criação de leis específicas para o combate ao crime organizado tem uma sinergia importante com os acordos de barganha ou de colaboração. Esta sinergia muitas vezes está explícita na própria lei. Sem a tipificação adequada os altos escalões das organizações criminosas não podem ser acusados. Por outro lado, sem um instrumento que permita a colaboração de pessoas “de dentro” da organização se torna difícil, se não impossível, levar adiante a investigação e identificar os criminosos.

O prêmio à colaboração nos EUA, assim como na Itália, teve sua motivação bastante orientada para o combate à Máfia, que, é espécie exemplar do gênero crime organizado. O prêmio, ao acusado que delatava seus cúmplices, consistia na redução da pena e no cumprimento da pena em cadeia com regime especial. Como resultante, muitos mafiosos foram levados à prisão. Diante deste resultado, o modelo italiano foi copiado por diversos países.²⁴

O moderno sistema do *plea bargaining* torna dispensável o procedimento em juízo; parecendo ser motivação importante a **evitação do procedimento judicial**, diferentemente do uso dos arrependidos e da colaboração premiada, que **tem como objetivo enfrentar as dificuldades na coleta de provas e que sempre dependem de provimento jurisdicional**.²⁵

Além da hipótese mais comum do *plea agreement*, que acompanham um *guilty plea*, há outras possibilidades:

de se retirar a acusação (*nolle prosequi*); de não se apresentar provas em juízo, de modo a alcançar-se a absolvição (*offering no evidence*); ou ainda de conceder imunidade ao *accomplice evidence*. Por isso se diz que os instrumentos utilizados pelo sistema norte-americano para estimular as colaborações possuem **conotação tipicamente processual**, consistindo em modalidades de evitação (*non-prosecution agreements*) ou concessões advindas do próprio processo (*sentence bargaining*), figurando o colaborador no processo penal frente aos seus cúmplices como testemunha.²⁶

Grifos nossos. Diferentemente nos sistemas de *civil law* o prêmio da colaboração se situa no campo da apenação, devendo-se observar a obrigatoriedade da ação penal e o princípio da legalidade.

3.2. ITÁLIA

²⁴ MOSSIN, H. A.; MOSSIN, J. C. O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. 3ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2018, p. 36.

²⁵ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 50.

²⁶ Ibid.

O instituto da delação premiada ganhou notoriedade na Itália, a partir de 1970, quando foram criados instrumentos jurídicos com o objetivo de combater o terrorismo, a extorsão mediante sequestro, a subversão da ordem democrática e o sequestro com finalidade terrorista. Foram propiciadas penas menos rigorosas àqueles que cooperavam no combate a esses delitos. Eram tidos como "Colaboradores da Justiça", uma vez que os requisitos legais da colaboração fossem cumpridos.²⁷

Em 1974 a Lei 497 atenuou a pena do participante do delito de extorsão mediante sequestro que ajudasse na libertação da vítima, sem o pagamento do resgate. Nesta época, a imprensa italiana criou o termo "pentitismo" para designar a figura do colaborador que se encontrava encartada no art. 30 da Lei n. 304/82. Era denominado de "pentito" o agente que, na vigência do processo penal, confessasse sua responsabilidade na prática delitiva, assim como auxiliasse as autoridades na reconstituição dos fatos delituosos e na identificação das pessoas que estavam associadas na prática delitiva.²⁸

A Lei 304/82 estabelece condições de impunibilidade para os colaboradores que auxiliam na dissolução de organização criminosa voltadas a crimes de terrorismo ou de subversão da ordem constitucional. Nesta lei o colaborador pode ter participado dos crimes de terrorismo ou de subversão, mas não de crimes conexos.²⁹

Já na Lei 15/1980 havia a previsão de impunibilidade para o colaborador que evitasse o cometimento de crime de terrorismo ou de subversão da ordem democrática.³⁰

No início dos anos 90, o "pentitismo" foi utilizado na Operação Mãos Limpas, cujo objetivo era o combate à Máfia. Na legislação italiana, o colaborador que auxilia no desmantelamento de organizações criminosas tem como prêmio a redução da sanção penal.³¹

A *omertà*, pacto mafioso, apoiado em intimidação, de silêncio e não colaboração com a justiça fazia com que os métodos de investigação tradicionais não conseguissem avançar na identificação dos criminosos e da própria organização mafiosa.

O combate a máfias teve grande avanço através da colaboração premiada tanto na Itália como nos EUA onde estas organizações tinham presença criminal relevante e este instrumento

²⁷ MOSSIN, H. A.; MOSSIN, J. C. O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. 3ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2018, p.34.

²⁸ Ibid, p. 34-35.

²⁹ ITALIA. LEGGE 29 maggio 1982, n. 304. **NORMATTIVA**. Disponível em: < <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1982-05-29;304>>. Acesso em: 13 de junho de 2018.

³⁰ ITALIA. LEGGE 6 febbraio 1980, n. 15. **NORMATTIVA**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1980-02-06;15>>. Acesso em: 13 de junho de 2018.

³¹ MOSSIN, H. A.; MOSSIN, J. C. O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. 3ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2018, p. 35.

de investigação e persecução criminal proporcionou efetividade no combate a estas organizações criminosas.

No Brasil organizações criminosas, caracterizadas por corrupção de agentes públicos, políticos e empresários que negociam com o Estado, lavagem e caixa dois, puderam ser investigadas de forma eficiente com o instrumento da colaboração premiada advindo da Lei 12.850 de 2013.

Na Itália, a partir de 1990, o delito de tráfico de drogas também foi contemplado com a delação premiada e o Decreto Lei n. 8 de 1991 disciplinou a proteção a testemunhas e colaboradores. O direito ao benefício da deleção premiada tem como requisitos: a) a credibilidade do delator, notadamente sua personalidade, antecedente e motivação; b) a confiabilidade do declarante, aferida pela coerência daquilo ele relatado; c) a consistência de suas declarações no contexto das demais provas, ou seja, a compatibilidade delas com os demais elementos de prova.³²

Estes 3 requisitos de valoração da colaboração premiada têm correlação na legislação brasileira com os condicionantes de personalidade e eficácia da colaboração estampados no *caput* e no §1º do art. 4º da Lei 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa).

No Código Penal italiano sanções penais reduzidas estão previstas para o colaborador nos crimes de sequestro de pessoa com fim de terrorismo ou subversão (art. 289bis), sequestro de pessoa com o fim de extorsão (art. 630). Nestes casos, **a colaboração passa a ser qualificadora do tipo penal que tem redução nas penas mínima e máxima**. Dependendo da situação em que a vítima é recuperada há mais de uma qualificadora. Este sistema difere do brasileiro que optou, na dosimetria da pena, colocar o **prêmio de redução como causa especial de diminuição de pena**.

3.3. ALEMANHA

De acordo com Crijns, Dubelaar, Pitcher³³ os precursores dos atuais instrumentos de colaboração com a justiça, seções 129 (6) e 129a (7) do Código Penal Alemão foram

³² Ibid, p. 35-36.

³³ CRIJNS, J.H.; DUBELAAR, M.J.; PITCHER, K.M. **Collaboration with Justice in the Netherlands, Germany, Italy and Canada**. Leiden University, 2017, p. 172-173. Disponível em: <<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2018/05/01/tk-bijlage-1-collaboration-with-justice-in-the-netherlands-germany-italy-and-canada/tk-bijlage-1-collaboration-with-justice-in-the-netherlands-germany-italy-and-canada.pdf>> Acesso em: 22 de maio de 2018.

promulgadas em 1976. Tratam, respectivamente de organizações criminosas e organizações terroristas.

Estes artigos contemplam tanto a possibilidade de mitigação da sentença (redução de pena) como de perdão judicial. Eles têm um caráter preventivo em relação à criminalidade futura. Comparativamente à colaboração premiada presente na Lei 12.850 trata-se de uma provisão mais restrita já que a lei brasileira além da **colaboração em caráter preventivo** (art. 4º, III) também abarca a **colaboração delatária em relação aos criminosos e respectivas infrações penais** (art. 4º, I), a **colaboração reveladora da organização** (art. 4º, II), a **colaboração de recuperação do produto ou do proveito** (art. 4º, IV) e a **colaboração de localização de vítima** (art. 4º, V).

Em 1989 legislação similar entrou em vigor relativamente a organizações terroristas.

A primeira legislação geral sobre colaboração foi introduzida na seção 46b (1) do Código Penal alemão em 2009. Dispunha mitigação da sentença ou perdão judicial em troca de informações sobre crimes já cometidos ou que acarretem em prevenção de crimes. Esta seção foi emendada em 2013 e atualmente se aplica somente à prevenção de crimes. Críticas com o formato anterior da seção incluíam tanto a ação penal obrigatória e o risco de falsas delações.³⁴

De acordo com a versão atual da seção 46b do Código Penal alemão³⁵ aquele que contribuir para a descoberta ou prevenção de ofensas graves pode ter sua sentença atenuada ou mesmo com o perdão judicial, neste último caso desde que a condenação não seja superior a 3 anos. O prêmio fica a critério do tribunal. Trata-se de uma possibilidade e não de uma obrigatoriedade. O tribunal não fica vinculado. Seguem-se as transcrições da seção 46b e da seção 49 (1) que a complementa:

§ 46b Ajudar a esclarecer ou prevenir crimes graves

(1) Se o autor de um crime, ameaçado com um mínimo de prisão aumentada ou de prisão perpétua,

1. revelando voluntariamente seu conhecimento contribuiu significativamente para o fato de que um ato sob a seção 100a inciso 2 do Código de Processo Penal, relacionado a seu ato, pode ser revelado

ou

2. divulga voluntariamente seu conhecimento a tempo para um departamento que um ato de acordo com a seção 100a, inciso 2, do Código do Processo Penal, que está relacionado ao seu ato e cujo planejamento ele conhece, nem pode ser evitado o tribunal pode atenuar a sentença de acordo com o § 49 (1), pelo qual a atenuação da ameaça de pena de prisão perpétua não aprisiona

³⁴ Ibid. p. 173-174.

³⁵ ALEMANHA. STRAFGESETZBUCH. 2017. Disponível em: < <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf> >. Acesso em: 19 de maio de 2018.

menos de dez anos. Para determinar se uma infracção é punível com um aumento da pena mínima de prisão, só devem ser tidos em conta os agravos para casos especialmente graves, e nenhuma mitigação deve ser levada em conta. Se o infrator estava envolvido no crime, sua contribuição para a clarificação do primeiro item 1 n.º 1 deve ir além da sua própria contribuição para o ato. Em vez de uma mitigação, o Tribunal pode se abster de aplicar pena, se a ofensa é ameaçada apenas com prisão a termo e o perpetrador não for condenado a mais de três anos.

(2) Ao decidir nos termos do n.º 1, o tribunal deve, nomeadamente, ter em conta:

1. a natureza e a extensão dos fatos revelados e seu significado para o esclarecimento ou prevenção do ato, o tempo de revelação, a extensão do apoio às agências de aplicação da lei pelo infrator e a gravidade da ofensa a que suas declarações se referem bem como
2. a relação entre as circunstâncias referidas no parágrafo 1 e a gravidade da infracção e da culpa do autor da infracção.

(3) A mitigação e a renúncia à pena de acordo com o parágrafo 1 são excluídas se o autor da infração revelar o conhecimento apenas após a decisão de abertura do processo principal (secção 207 do Código de Processo Penal) contra ele.

§ 49 Razões legais especiais para mitigação

(1) Se a mitigação for exigida ou permitida sob esta provisão, o seguinte será aplicado à mitigação:

1. Em lugar de prisão perpétua, a pena não será de menos de três anos.
2. No caso de prisão, não podem ser reconhecidos mais de três quartos do máximo cominado.

No caso de uma multa, o mesmo se aplica ao número máximo de diárias.

3. O aumento do mínimo de prisão é reduzido
 - no caso de um mínimo de dez ou cinco anos a dois anos,
 - no caso de um mínimo de três ou dois anos a seis meses,
 - no caso de um período mínimo de um ano a três meses,
 - caso contrário, o mínimo legal.

A seção 100a, inciso 2, do Código de Processo Penal³⁶ alemão identifica os crimes que são passíveis de colaboração premiada sob a regra do § 46b:

Seção 100a

(2) Graves infracções penais para efeitos da subsecção (1), número 1, são:

1. nos termos do Código Penal:

- a) crimes contra a paz, alta traição, pondo em perigo o Estado democrático com base no Estado de Direito, traição e ameaça à segurança externa nos termos dos artigos 80 a 82, 84 a 86, 87 a 89a e 94 a 100a;
- b) aceitação de subornos e oferta de subornos a titulares de mandatos nos termos da seção 108e;
- c) crimes contra a defesa nacional de acordo com as seções 109d a 109h;
- d) crimes contra a ordem pública, de acordo com as seções 129 a 130;
- e) falsificar dinheiro e selos oficiais de acordo com as seções 146 e 151, em cada caso também em conjunto com a seção 152, bem como a seção 152a, subsecção (3) e seção 152b, subsecções (1) a (4);

³⁶ ALEMANHA. **THE GERMAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE**. Publicado em 7 de Abril de 1987. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

- f) crimes contra a autodeterminação sexual nos casos mencionados nas seções 176a, 176b, 177, subseção (2), número 2, e seção 179, subseção (5), número 2;
- g) divulgação, compra e posse de obras pornográficas envolvendo crianças e envolvendo adolescentes, de acordo com a seção 184b, subseções (1) a (3), seção 184c subseção (3);
- h) homicídio e homicídio doloso nos termos das seções 211 e 212;
- i) crimes contra a liberdade pessoal, de acordo com as seções 232 a 233a, 234, 234a, 239a e 239b;
- j) roubo de gangues de acordo com a seção 244, subseção (1), número 2, e roubo de gangues agravadas de acordo com a seção 244a;
- k) crimes de roubo ou extorsão de acordo com as seções 249 a 255;
- l) manuseio comercial de bens roubados, manuseio de gangues de bens roubados e manuseio de gangues comerciais de bens roubados de acordo com as seções 260 e 260a;
- m) lavagem de dinheiro ou ocultação de ativos adquiridos ilegalmente de acordo com a seção 261 das subseções (1), (2) e (4);
- n) fraude e fraude informática, sujeita às condições estabelecidas na seção 263 da subseção (3), segunda frase, e no caso da seção 263 da subseção (5), cada uma em conjunção com a seção 263a da subseção (2);
- o) fraude de subvenção sujeita às condições estabelecidas na seção 264, subseção (2), segunda sentença, e no caso da seção 264, subseção (3), em conjunto com a seção 263, subseção (5);
- p) infrações penais envolvendo falsificação de documentos nas condições estabelecidas na seção 267, subseção (3), segunda sentença, e no caso da seção 267, subseção (4), em cada caso, também em conjunto com a seção 268, subseção (5) ou seção 269, subseção (3), bem como de acordo com as seções 275, subseção (2) e seção 276, subseção (2);
- q) Falência, sujeita às condições estabelecidas na segunda frase do parágrafo 283a;
- r) crimes contra a concorrência nos termos da seção 298 e, sujeito às condições estabelecidas na seção 300, segunda sentença, de acordo com a seção 299;
- s) crimes que ponham em perigo a segurança pública nos casos mencionados nas seções 306 a 306c, seção 307, subseções (1) a (3), seção 308, subseções (1) a (3), seção 309, subseções (1) a (4), seção 310, subseção (1), seções 313, 314, 315, subseção (3), seção 315b, subseção (3), bem como seções 361a e 361c;
- t) receber e oferecer suborno, nos termos das seções 332 e 334;

2. de acordo com o Código Fiscal:

- a) evasão fiscal nas condições definidas na seção 370, número 3, segunda frase, número 5;
- b) contrabando comercial, violento e de gangues de acordo com a seção 373;
- c) manuseio da propriedade com evasão fiscal, conforme definido na seção 374, subseção (2);

3. nos termos da Lei dos Produtos Farmacêuticos:

infrações penais nos termos da seção 95, subseção (1), número 2a, sob as condições estabelecidas na seção 95, subseção (3), segunda frase, número 2, letra b;

4. nos termos da Lei do Procedimento de Asilo:

- a) induzir um pedido de asilo abusivo, de acordo com a seção 84, subseção (3);
- b) indução comercial e de gangues para fazer um pedido de asilo abusivo, de acordo com a seção 84a;

5. nos termos da Lei da Residência:

- a) contrabando de estrangeiros de acordo com a subseção da seção 96 (2);
- b) contrabando resultando em morte e contrabando comercial e de gangues de acordo com a seção 97;

6. de acordo com a Lei de Comércio Exterior e Pagamentos:

delitos criminais intencionais de acordo com as seções 17 e 18 da Lei de Comércio Exterior e Pagamentos;

7. de acordo com a Lei de Narcóticos:

- a) infrações penais nos termos de uma das disposições mencionadas na seção 29, subseção (3), segunda frase, número 1, sujeitas às condições nele estabelecidas;
- b) infrações penais conforme a seção 29a, seção 30, subseção (1), números 1, 2 e 4, bem como as seções 30a e 30b;

8. de acordo com a Lei de Controle de Precursores:

infrações penais nos termos da seção 19, subseção (1), sob reserva das condições estabelecidas na seção 19, subseção (3), segunda frase;

9. nos termos da Lei de Controle de Armas de Guerra:

- a) infrações penais conforme a seção 19, subseções (1) a (3) e seção 20, subseções (1) e (2), bem como as seções 20a (1) a (3), cada uma também em conjunto com a seção 21;
- b) infrações penais conforme a seção 22a subseções (1) a (3);

10. nos termos do Código de Crimes contra o Direito Internacional:

- a) genocídio de acordo com a seção 6;
- b) crimes contra a humanidade, de acordo com a seção 7;
- c) crimes de guerra de acordo com as seções 8 a 12;

11. nos termos da Lei de Armas:

- a) infrações penais de acordo com a seção 51 das subseções (1) a (3);
- b) infrações penais conforme a seção 52, subseção (1), números 1 e 2, letras c e d, bem como as seções 52 (5) e (6).

A seção 46b do Código Penal aplica-se apenas às ofensas que podem ser sancionadas com pena mínima de prisão ou prisão perpétua. Isso se aplica a todas as ofensas, que são enumeradas no seção 100^a, inciso 2. Excluídos são atos de crime simples, como simples furto ou simples fraude.

O regramento alemão de colaboração contempla tanto a colaboração para infrações já cometidas, como colaboração para prevenção de crimes. Diferentemente do regramento brasileiro todos os crimes passíveis de colaboração premiada estão sob a mesma regra que engloba os crimes que na legislação brasileira estão distribuídos em diversas leis extravagantes.

A colaboração premiada deve ser feita antes da abertura do processo principal, aplica-se apenas antes do início do processo principal, ou seja, nos respectivos processos preliminares, o que difere da legislação brasileira que permite a colaboração em qualquer momento, seja na fase de investigação, na fase processual e mesmo após a condenação.

Se as exigências do § 46b do Código Penal forem atendidas, fica a critério do tribunal em que medida a penalidade é mitigada.

O perdão judicial, na legislação brasileira, é uma opção de prêmio que tanto na Lei de Organizações Criminosas como na Lei de Lavagem leva em conta a relevância da colaboração sem fazer uma comparação com os atos criminais do colaborador. Já na regra alemã de colaboração premiada a contribuição para os esclarecimentos dos crimes devem ir além dos próprios atos criminosos do colaborador. Verifica-se aqui uma aplicação explícita do princípio da proporcionalidade estrita.

Em relação a organizações criminais e organizações terroristas a regra de colaboração premiada está insculpida no inciso 7 da seção 129:

§ 129
(7) O tribunal pode, a seu critério, mitigar a sentença (seção 49 (2)) ou ordenar a quitação sob estas disposições se o infrator

1. voluntariamente e sinceramente faz esforços para impedir a existência continuada da organização ou a comissão de uma infração consistente com os seus objectivos; ou
2. divulgue voluntariamente seu conhecimento a uma autoridade governamental a tempo de modo que as ofensas cujo planeamento ele tenha conhecimento possam ser evitadas;

se o infrator tiver sucesso em impedir a existência continuada da organização ou se isto for alcançado sem seus esforços, ele não incorrerá em responsabilidade criminal.

O requisito de impedimento da continuidade existencial da organização ou dos cometimentos de crimes pela mesma é mais rigorosa do que a colaboração exigida pela Lei de Organização Criminosa brasileira.

3.4. ESPANHA

O Código Penal espanhol de 1995 nos artigos 376 e 579 bis, inciso 3, contém previsão legal em torno da colaboração premiada.³⁷

O art. 376 prevê diminuição de pena em um ou dois graus nos delitos contra a saúde pública, incluindo alimentos, medicamentos e drogas. A contrapartida deve ser a delação preventiva ou a delação que permita obter provas que identifiquem os outros responsáveis ou possibilitem a captura dos outros responsáveis.

Artículo 376. En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.

Os crimes incluídos neste artigo são que dizem respeito à SAÚDE PÚBLICA, com a inclusão de alimentos, bebidas, medicamentos e drogas.

O inciso 3 do artigo 579 bis prevê o mesmo prêmio e os mesmos requisitos ao colaborador que o artigo 376, relativamente a grupos e organizações terroristas e aos delitos de terrorismo.

Artículo 579 bis.....
3. En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

³⁷ ESPANHA. MINISTERIO DE JUSTICIA. **Código Penal y legislación complementaria**. Agencia Estatal Boletín Oficial del del Estado. 2017. Disponível em: <file:///F:/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria%20(1).pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

Nos dois artigos a colaboração pode ser delatória ou preventiva. A eficácia da colaboração é exigida como contrapartida. O prêmio fica delimitado pela redução da pena em um ou dois graus.

O sistema de redução de graus se diferencia do critério brasileiro de redução fracionária da pena. No sistema de redução espanhol a redução se aplica aos limites máximo e mínimo da pena cominada, enquanto no brasileiro a redução fracionária (causa especial de diminuição de pena) é aplicada à pena aplicada ao condenado. A redução de um grau significa que a pena mínima passa a ser a máxima e a nova pena mínima passa a ser a metade da pena mínima anterior. Para a redução da pena em dois graus se repete o procedimento a partir da nova faixa de pena cominada.³⁸

Este sistema de redução difere do que consta no código penal italiano em dois aspectos. Vincula a faixa de pena base com a faixa do delito sem a colaboração e dá maior discricionariedade ao julgador ao estabelecer opções de um ou dois graus.

3.5. PORTUGAL E BRASIL COLONIAL

Em Portugal e na maior parte do período do Brasil colonial as Ordenações Filipinas, também chamadas de Código Filipino com respectivas alterações constituíram a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX. Iniciaram sua vigência no ano de sua publicação em 1603 durante o reinado de Felipe III, rei de Espanha e Portugal, embora tivessem sido compiladas no reinado de Felipe II, pai de Felipe III.

No Brasil o Código Filipino ficou em vigência até entrada em vigor do Código Criminal de 1830. Neste código aparece a colaboração premiada com prêmio sob forma de perdão. Abarca crimes ou tratativas de crime contra a família real ou contra o Estado real.

O Título VI do Código Filipino inicia caracterizando genericamente o crime de "Lesá Magestade":

Lesá magestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rey, ou seja Real Stado, que he tão grave e abominável crime, e que os antigos sabedores tanto estranharão, que o compararão à lepra; porque assim como esta

³⁸ DDTORRESABOGADOS. **Cálculo de las penas; pena inferior y superior en grado.**

Disponível em:

< <http://dtorresabogados.blogspot.com.br/2011/03/calculo-de-las-penas-pena-inferior-y.html>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com ele conversão, polo que he apartado da comunicação da gente: assi o eerro de traição condena o que a comette, e empece e infama sua linha descendem, postoque não tenham culpa.³⁹

Nos números 1 a 8 estão especificadas as condutas típicas que se enquadram no delito de "Lesma Magestade". Podem ser citados os exemplos:

- se algum tratasse a morte de seu Rey, ou da Rainha sua alguns de seus filhos, ou filhas legítimas. Ou a isso desse ajuda favor;
- se o que tiver Castelo, ou Fortaleza do Rey, ele, ou da sua mão a tiver se levantar com ella, e a não entregar logo à do Rey, ou a quem para isso seu special mandado tiver, ou a sua culpa,
- se em tempo de guerra algum se fosse para os inimigos do Rey, para fazer guerra aos lugares de seus Reinos,
- se alguém der conselho aos inimigos do Rey per carta, ou per qualquer outro aviso em seu desserviço, ou de seu Real Stado,⁴⁰

Na hipótese delitativa tratada, a condição do perdão se encontra estampada no nº 12 do referido Título, na íntegra:

E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, seb; sem algum espaço, e antes que por outrem seja descoberto, ele o merece perdão.

E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, **se ele não foi o principal tratador desse conselho e confederação.**

E não o descobrindo logo, se o descobrir depois por espaço de tempo **antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso**, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê.

E em todo caso que descobrir o tal conselho, **sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesma Magestade**, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou estava de maneira para o não poder deixar de saber.

Grifos nossos. Destacam-se aqui os requisitos:

³⁹ ORDENAÇÕES FILIPINAS, LIVRO V, TÍTULO VI; Do crime de lesa majestade. Publicada em 1603.

Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/15p1153.htm>> e

<<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/15p1154.htm>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

⁴⁰ Ibid.

- de não ter sido o colaborador o agente principal o que reflete **proporcionalidade em sentido estrito**;
- que a trama já não tenha sido descoberta através de outros meios ou pessoas, ou seja, que haja **necessidade**.

A mercê não ficou unicamente restrita ao citado delito, mas também era compreendida em outros preceitos punitivos, e estava prevista no título CXVI sob a rubrica: "Como se perdoará aos malfeitores que deram outros à prisão.", cujo perdão estava previsto do seguinte modo:

Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha ou do Príncipe meu filho, ou em falsar sinal de algum Védor da nossa fazenda, ou Desembargador, ou de outro nosso Oficial Mór, ou de outros de outros Officiais de nossa Caza, em cousas, que foquem a seus Officios, ou em matar, ou ferir com bêsta, ou empigarda, matar com peçonha, ou em a dar, ainda que morte dela se não siga, em matar traiçoadamente, quebrantar prisões Cadêas de fora per força, per furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo acinte para queimar fazenda, ou pessoa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo Carcereiro, em entrar em Mosteiro de Freiras com proposito desonesto, em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabelliao, ou Scrivão; tanto que assi dêr à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum deles, e lhes provar, ou forem provados cada um dos ditos malefícios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, **sendo igual na culpa, seja perdoado livremente**, postoque não tenha perdão da parte. E que **se não for participante no mesmo maleficio**, queremos que **haja perdão par si (tendo perdão das partes) de qualquer maleficio, que tenha, postoque grave seja, e isto não sendo maior daquele, em que he culpado o que assi deu à prisão**. Porém, isto se entenderá, que o que der à prisão malfeitor, **não haja perdão de mais pena, nem degredo, que de outro tanto, quando o malfeitor merecer**.⁴¹

Grifos nossos. Destacam-se aqui os requisitos:

- da culpa do delator não ser maior do que a do delatado no mesmo delito o que reflete **proporcionalidade em sentido estrito**;
- da possibilidade do delito do delator ser diferente daquele do delatado, sendo que neste caso a gravidade do delito do delator não deve ser mais grave do que o delito do delatado. Aqui também aparece a **proporcionalidade** se utilizando uma comparação de gravidade de delitos distintos.

⁴¹ ORDENAÇÕES FILIPINAS, LIVRO V, TÍTULO CXVI; **Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão**. Publicada em 1603. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1272.htm>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

A segunda possibilidade de colaboração não encontra previsão na legislação moderna e contemporânea.

3.6. PORTUGAL

No Código Penal de 1886 a delação premiada com o prêmio de perdão aparece no §2º art. 283 da Seção II, Capítulo XII. A seção trata de associações secretas como subtipo de associações ilícitas:

Art. 283. É ilícita, e não póde ser autorizada qualquer associação, cujos membros se impozerem com juramento ou sem êle, a obrigação de ocultar à autoridade pública o objecto de suas reuniões ou a sua organização interior; os que nela exercerem direcção ou administração serão punidos com prisão de dois meses a dois anos; os outros membros com metade desta pena.
 §1º É aplicável a disposição do § 3º do artigo antecedente sobre a cumplicidade.
§2º Se qualquer membro da associação declarar espontaneamente à autoridade pública o que souber sobre o objecto ou planos da associação, ainda que não declare os nomes dos outros associados, será isento da pena.⁴²

Grifos nossos. A colaboração neste artigo tem um sentido de descobrir a estrutura e os objetivos da associação sem haver a necessidade de identificar os outros membros. O requisito de voluntariedade espontânea está explícito.

Na atual legislação penal portuguesa também se encontra presente a delação premiada. O Código Penal Português de 1982 já inseria a previsão de colaboração no seu artigo 287 que tratava de associação criminosa. Esta previsão permanece no atual inciso 4 do art. 299º sobre associação criminosa:

Artigo 299.º

Associação criminosa

- 1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos.
- 2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

⁴² PORTUGAL. CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Publicado em 1886. Imprensa da Universidade. Coimbra. 1919, p.84. Disponível em: < <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1274.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

3 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo.⁴³

Grifos nossos. Em ambas as versões a delação tem carácter preventivo. A diferença é que a delação na versão original exigia eficácia na prevenção enquanto na versão atual é contemplado o esforço sério no sentido de evitar novos crimes sem, contudo, se cobrar a eficácia do resultado.

Nesta legislação o prêmio tem grande amplitude sendo possíveis tanto a atenuação de pena como o perdão ao colaborador.

Na Lei de Combate ao Terrorismo⁴⁴, Lei n.º 52/2003 no inciso 5 do artigo 2.º prevê a colaboração premiada:

Artigo 2.º

Organizações terroristas

[...]

5 - A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Trata-se de colaboração delatária ou preventiva. É exigida eficácia da colaboração para se ter direito ao prêmio. Nos dois artigos inexistem balizamentos de atenuação da pena o que deixa larga margem de discricionariedade aos juízes e Ministério Público. Estas balizas superior e inferior sempre estão definidas na legislação brasileira, exceto na Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/13) que só limita superiormente a redução de pena.

⁴³ PORTUGAL. **CÓDIGO PENAL DE 1982**. 46ª versão. 2018. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=109&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

⁴⁴ PORTUGAL. Lei n.º 52/2003. **LEI DE COMBATE AO TERRORISMO**. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=119&tabela=leis>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

4. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

No Código Criminal imperial de 1830 não há previsão de colaboração premiada. O perdão ou minoração da pena é uma faculdade do Poder Moderador, no caso o Imperador (art. 66).⁴⁵

A ausência do instituto também se verifica no Código Criminal republicano de 1890⁴⁶ (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890), na Consolidação das Leis Penais de 1932⁴⁷ (Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932), elaborada pelo desembargador Vicente Piragibe e na versão original do Código Penal de 1940 que está em vigor atualmente com várias alterações e uma nova formulação da parte geral dada pela Lei 7.209 de 1984.

A colaboração premiada está regulamentada em sucessivas legislações desde 1990.

O parágrafo único do artigo 8º da Lei 8.072/90, Lei de Crimes Hediondos, foi o primeiro regramento no direito brasileiro moderno a disciplinar a colaboração premiada, no contexto de bando ou quadrilha (atualmente denominados associação criminosa, conforme Lei 12.850/13) para o cometimento de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

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

Neste caso trata-se de colaboração delatária que possibilite a identificação e captura dos membros da associação criminosa. Há aqui a exigência de eficácia da colaboração. O prêmio consiste na redução da pena de um a dois terços. O verbo “terá” denota que uma vez cumprido o requisito o colaborador adquire o direito subjetivo ao prêmio. Não há que se falar em

⁴⁵ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

⁴⁶ BRASIL. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. **CÓDIGO PENAL**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAIS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

discricionariedade do juiz quanto ao prêmio. O requisito de voluntariedade não se encontra expresso.

A Lei de Crimes Hediondos ainda acrescentou o § 4º ao artigo 159 do Código Penal que trata do crime de “Extorsão mediante sequestro”:

Art. 159.

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

A colaboração além de ser delatória deve ajudar na recuperação da vítima. O prêmio é o mesmo dos regramentos anteriores. E gera direito subjetivo condicionado à eficácia na recuperação da vítima. O requisito de voluntariedade não se encontra expresso.

Este parágrafo foi mais tarde alterado pela Lei 9.269 de 1996.

Se seguem a Lei 9.080 de julho de 1995 que insere o § 2º do art. 25 da Lei 7.492/86 – Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro,

“Art. 25.

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

e acrescenta o parágrafo único art. 16 da Lei nº 8.137/90 – Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo,

Art. 16.

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

Nestes dois artigos também está caracterizada a colaboração delatória em relação aos outros autores ou partícipes dos crimes. A eficácia não está exigida de forma explícita. O prêmio é idêntico ao da Lei de Crimes Hediondos e o direito subjetivo a ele também. Uma diferença notável é que nestas duas leis está explícito o requisito de confissão espontânea. O requisito de espontaneidade se diferencia do requisito de voluntariedade.

De acordo com Bitencourt (2002), a espontaneidade ocorre quando a ideia inicial parte do próprio agente, já a voluntariedade significa que, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, o ato do agente é realizado pela sua vontade, sem coação física ou moral.

A primeira Lei de Organizações Criminosas, Lei 9.034/95, revogada pela Lei 12.850/13, contemplou a colaboração premiada no art. 6º:

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

A colaboração no artigo é delatária. Há o requisito de espontaneidade do colaborador, diferentemente da Lei 12.850/13 (atual Lei de Organizações Criminosas) que flexibilizou com o requisito de voluntariedade. O prêmio de redução, de um a dois terços da pena, é direito subjetivo condicionado à eficácia da colaboração. A se observar que a atual Lei de Organizações Criminosas flexibilizou o mínimo da redução de pena com a o enunciado “até dois terços de redução”, além de prover outras opções de prêmio.

Uma das deficiências desta lei é a ausência de tipificação do que seja organização criminosa.

A Lei 9.269/96 alterou o §4º, do art. 159, do Código Penal que trata do crime de "extorsão mediante sequestro".

Art. 159.

§ 4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços

A alteração ampliou o escopo da colaboração através de duas trocas: a hipótese de quadrilha ou bando foi alterada para a de concurso, significando que mesmo um concurso eventual se enquadra como hipótese; a condição de coautor foi trocada por concorrente, o que inclui também partícipes.

A Lei 9.613/98, Lei de Crimes de Lavagem, contemplou a colaboração no antigo (atualmente modificado) § 5º do art. 1º:

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

O prêmio da colaboração é aumentado em relação às disposições anteriores, pois além da redução de pena de um a dois terços há o benefício do regime aberto. E este regime não está aqui condicionado aos requisitos da parte geral do Código Penal. Há a vinculação como direito subjetivo desde que da colaboração resulte a identificação de autoria e das infrações (colaboração delatária) ou, alternativamente, a localização de bens, direitos ou valores objeto do crime (colaboração de recuperação de produto ou proveito). Os benefícios ao colaborador são ampliados pela possibilidade do juiz, discricionariamente, aplicar o perdão judicial ou substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. O requisito de espontaneidade do colaborador está expresso na regra.

Este parágrafo da Lei de Crime de Lavagem foi alterado pela Lei 12.683 de 2012:

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Houve a substituição de regime aberto por regime aberto ou semiaberto. A redução com o benefício do regime passou a ser uma discricionariedade do juiz com a troca do verbo “será” por “poderá”, o que, na literalidade, traria uma diminuição do benefício no que toca à vinculação. Porém parte da doutrina, como Pereira (2016), considera que o verbo poder tem o sentido de permitir as alternativas de regime aberto ou semiaberto e que uma vez cumprido o condicionante de “levar à apuração das infrações penais” fica estabelecido o direito subjetivo ao prêmio. Essa interpretação parece ser a mais coerente já que o legislador utilizou o verbo facultar na continuação da regra para definir a possibilidade de perdão assim como a possibilidade de substituição por pena restritiva de direito que passou, esta última, a ser uma opção do juiz aplicável “a qualquer tempo”, o que significa, implicitamente, que a colaboração e consequente substituição por pena restritiva de direito poderá ser feita com o condenado cumprindo pena privativa de liberdade. O requisito de espontaneidade do colaborador está expresso na regra.

A Lei 9.807 de 1999, Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, em seus artigos 13 a 15 contempla a colaboração premiada:

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

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

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

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

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

A norma é genérica quanto ao crime cometido. O prêmio de perdão judicial é uma possibilidade, a critério do juiz, que está condicionada à eficácia da colaboração que deve ter como resultado a identificação dos outros participantes (colaboração delatária) ou a localização da vítima com integridade física preservada (colaboração de localização de vítima) ou a recuperação total ou parcial do produto do crime (colaboração de recuperação do produto ou do proveito). Embora o artigo 13 não tenha colocado explicitamente a alternatividade dos resultados da colaboração, esta é a interpretação que mais se coaduna com a aplicação a vários tipos de crime onde em vários deles não há vítimas a serem localizadas. O perdão também está condicionado à personalidade do colaborador e à natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, o que significa que este prêmio não deve ser aplicado a colaboradores que pela personalidade impliquem em grande risco para a sociedade ou em colaborações em crimes de menor ofensividade.

O artigo 14 vincula o prêmio de redução de pena de uma a dois terços à colaboração eficaz em um dos três aspectos já citados (delatária, localização de vítima, recuperação de produto).

O artigo 15 estabelece medidas protetivas para garantir a integridade do colaborador em qualquer fase do processo ou da execução de pena.

A primeira Lei de Drogas, Lei 10.409 de 2002, estabeleceu a colaboração premiada nos §§ 2º e 3º do art. 32:

Art. 32. (VETADO)

[...]

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

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

O § 2º trata da colaboração na fase de investigação criminal (colaborador indiciado). A redação do § 2º é pouco precisa quanto ao prêmio do acordo entre o ministério público e o indiciado, há falta de balizamento da redução de pena. Entre os condicionantes de benefício do prêmio se incluem alternativamente a delação da organização e de seus integrantes ou a recuperação do produto ou a “contribuição para os interesses da Justiça”. Esta última alternativa é muito aberta sujeita a grande latitude de interpretações. Falta uma regulamentação procedimental sobre o acordo. O requisito de espontaneidade do colaborador está presente.

O § 3º estabelece prêmio de redução de pena de 1/6 a 2/3 condicionado à eficácia da colaboração, seja na delação dos demais integrantes ou na localização do produto.

A Lei 10.409 de 2002 foi revogada pela atual Lei de Drogas, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. A colaboração premiada nesta lei tem uma redação mais precisa e vem estampada no artigo 41:

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

No “crime de droga” o prêmio ao colaborador consiste na redução da pena aplicada de 1/3 a 2/3. Tem como condicionante a colaboração delatória de identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e a colaboração de recuperação total ou parcial do produto do crime. A condição é aditiva diferentemente de outros dispositivos legais de colaboração em que os condicionantes de colaboração são alternativos. Uma vez cumprido os condicionantes a regra vincula o direito subjetivo do colaborador. O requisito anterior de espontaneidade foi alterado para voluntariedade o que parece se coadunar mais com a realidade da motivação dos acordos de colaboração bem como quanto à possibilidade de aferição pelo juiz.

A Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, atual Lei de Organização Criminosa, define Organização Criminosa no § 1º do art. 1º:

Art. 1º.....

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

A lei estabelece a colaboração premiada em seu arts. 4º ao 7º:

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

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

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

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

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o Delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

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

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo Delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Art. 5º São direitos do colaborador:

I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

- II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

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

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do Delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do Delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

A regra se aplica a organização criminosa e também a organização terrorista. O prêmio é, alternativamente, ou o perdão judicial ou a redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou a substituição por uma pena restritiva de direitos, ou o não oferecimento da denúncia, condicionado a que o colaborador contribua para a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (colaboração delatária) ou que revele a estrutura hierárquica da organização e a divisão de tarefas (colaboração reveladora da organização) ou que previna infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (colaboração em caráter preventivo) ou que permita a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (colaboração de recuperação de produto ou de proveito) ou que permita

a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (colaboração de localização de vítima). Embora no *caput* do art. 4º o verbo empregado seja “poderá” uma interpretação sistemática do artigo e seus parágrafos, que incluem a homologação do acordo pelo juiz, leva à vinculação do direito subjetivo, uma vez que o colaborador tenha cumprido os requisitos do acordo. Neste caso o “poderá” tem mais o sentido de conferir uma entre várias opções de prêmio. Há a possibilidade do Ministério Público deixar de oferecer a denúncia como prêmio desde que além das condicionantes anteriores, o colaborador não seja líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração. A temporalidade da colaboração ficou alargada, podendo ser efetivada na fase de investigação, na fase processual ou posterior à sentença. Há a novidade da alternativa de não oferecimento da denúncia como prêmio.

A redação do artigo está bem mais precisa e taxativa que as redações anteriores. A alternatividade dos condicionantes está colocada de forma explícita. Os requisitos de eficácia e voluntariedade da colaboração se encontram colocados de forma clara no *caput*.

A maior dificuldade que havia até a vigência da Lei 12.850/13 estava na ausência de regras que definissem o procedimento a ser seguido nos acordos de colaboração, gerando incerteza e dúvidas na aplicação da regra. Havia falta de definição sobre o procedimento a ser seguido na formalização da feitura da proposta de acordo de colaboração, sobre o procedimento a ser utilizado no encaminhamento da proposta de acordo de colaboração, sobre o modo como se daria a aprovação do acordo, sobre a valoração dos elementos de prova trazidos aos autos pela colaboração, sobre o papel do juiz no contexto do acordo de colaboração. Adicionalmente faltava uma definição do conceito de organização criminosa. Essas incertezas atingiam tanto o Ministério Público como o magistrado, gerando a necessidade de preencher, na prática, as lacunas da legislação, aumentando a margem de discricionariedade do Ministério Público e do magistrado. Para o colaborador havia a incerteza sobre o procedimento formal a ser adotado para a tomada de suas declarações e para a garantia dos benefícios. Essas incertezas atingiam o delatado que chamado à responsabilidade, não tinha uma posição clara sobre o valor que seria conferido às declarações do colaborador.

Para Pereira (2016), a maior completez na regulação normativa do instituto, a exigência de elementos externos à colaboração que lhe atestem veracidade, o procedimento a ser seguido na coleta das informações, a correlação entre as revelações do colaborador e a

graduação do prêmio são elementos que devem ser considerados no momento da elaboração legislativa da colaboração premiada.⁴⁸

A Lei 12.850 veio a preencher boa parte das lacunas existentes com:

- a tipificação de organização criminosa (artigo 1º, § 1º);
- os procedimentos para a tomada das declarações do colaborador (art. 4º, §§ 6º, 7º, 9º, 12, 13, 14, 15 e art. 6º);
- os requisitos formais da colaboração a serem verificados pelo juiz como regularidade, legalidade e voluntariedade (art. 4º, § 7º);
- a atuação do juiz na homologação e avaliação da colaboração (art. 4º, §§ 7º, 8º e 11º);
- a possibilidade de retratação da proposta (art. 4º, §10);
- os limites do sigilo na colaboração (art. 7º);
- o direito de proteção do colaborador (art. 5º)
- a caracterização da colaboração como meio de obtenção de prova e não meio de prova (art. 3º, *caput* e inciso I, art. 4º, § 16)

A Lei 12.850/13 ainda apresenta imprecisões e lacunas, cabendo à doutrina e jurisprudência a tarefa complementar de interpretação e de complementação da norma de colaboração.⁴⁹

5. DA APLICAÇÃO DAS VÁRIAS NORMAS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Um levantamento das leis que contemplam o instituto de colaboração premiada fornece a seguinte lista:

1. Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/99)
2. Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)
3. Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90)
4. Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro (Lei 7.492/86)
5. Extorsão Mediante Sequestro. Código Penal artigo 159.
6. Lei de Crimes de Lavagem (Lei 9.613/98)
7. Lei de Drogas (11.343/06)
8. Lei de Organização Criminosa (12.850/13)

A primeira lei se aplica a qualquer crime cometido em concurso de pessoas. A segunda se aplica a um gênero de crimes. As outras a crimes específicos, isto é, espécie de crimes.

⁴⁸ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 117.

⁴⁹ *Ibid*, p. 120.

A “lavagem”, além de ser crime em si, envolve bens oriundos de outros crimes. A colaboração neste caso envolve as infrações penais de origem.

A participação em Organização Criminosa, além de ser crime em si, envolve os crimes praticados pela organização. A colaboração envolve a elucidação ou prevenção destes últimos.

Um crime específico pode também pertencer ao gênero de crimes hediondos que por sua vez estão incluídos em “todos os crimes” de forma genérica.

Assim, se apresenta a complexidade da aplicação de múltiplas leis cada uma com sua área de abrangência no que diz respeito ao crime ou classe de crimes, além do envolvimento de crimes conexos, como no caso de “lavagem” ou “organização criminosa”.

A solução para saber qual norma aplicar passa pelos critérios para solução de antinomias solúveis (ou aparentes ou de primeiro grau) e de antinomias insolúveis (ou reais ou de segundo grau) como também, no caso de concomitância de crimes com enquadramentos de colaboração premiada em leis distintas, do critério mais benéfico para o investigado ou acusado (princípio da legalidade penal estrita).

Nesta abordagem nos valem os estudos feitos por Mossin e Mossin (2018), por Santos (2017) e pela doutrina de Bobbio⁵⁰ sobre solução de antinomias.

Há 6 situações possíveis e respectivas soluções de aplicação:

- 1) Crime específico com lei de colaboração premiada que se enquadra ou não no gênero de hediondo, como também na categoria de “todos os crimes”.

Neste caso aplica-se a regra de colaboração do crime específico, pelo critério de especialidade. Trata-se de antinomia aparente ou de primeiro grau.

- 2) Crime hediondo em que o crime em espécie não tem regra de colaboração premiada. Se enquadra na categoria de “todos os crimes”.

Neste caso aplica-se a regra de colaboração premiada da Lei de Crimes Hediondos, pelo critério de especialidade. Trata-se de antinomia aparente ou de primeiro grau.

- 3) Crime que não é hediondo nem tem regra específica de colaboração premiada.

Neste caso não há conflito de normas e aplica-se a regra de colaboração premiada da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas.

- 4) Crime de lavagem cujos crimes conexos de origem têm lei específica de colaboração e/ou se enquadram como crime hediondo.

⁵⁰ BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo, EDIPRO, 2.ed. 2014, p. 97-98 e 107.

Neste caso como a colaboração envolve os crimes de origem e a Lei de Lavagem é a que tem o critério de colaboração premiada com possibilidade de prêmios mais benéficos para o colaborador, prevalece a regra da colaboração premiada da Lei de Lavagem, pelo princípio da legalidade penal estrita e pelo princípio da especialidade.

- 5) Crime de organização criminosa em que um ou mais crimes conexos tenham leis próprias de colaboração premiada.

Neste caso há duas possibilidades.

5.1) Se um dos crimes conexos for o de lavagem, prevalece o critério de colaboração da Lei de Lavagem, pelo princípio do maior benefício ao réu (legalidade penal estrita) como também pelo princípio da especialidade.

5.2) Se nenhum dos crimes conexos for crime de lavagem, prevalece a regra de colaboração premiada da Lei de Organização Criminosa, por ser ela a segunda mais vantajosa para o réu ou investigado como também pelo princípio da especialidade.

Esta aplicação de critérios não é unívoca na doutrina. Pereira (2016) privilegia o critério de temporalidade em detrimento do critério de especialidade. Mas os critérios apontados parecem ser os que mais se coadunam com a doutrina assentada sobre solução de antinomias insolúveis e, secundariamente, com o princípio da opção mais favorável ao réu do Direito Penal.

6. CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA

6.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colaboração premiada relaciona-se em tensão com princípios constitucionais de garantia do indivíduo, tais como: isonomia, proporcionalidade, presunção de inocência, legalidade e também com direitos fundamentais como o direito ao silêncio e de não se autoincriminar.

Dois agentes que tenham cometido um mesmo crime com o mesmo grau de participação e culpabilidade podem receber penas significativamente diferentes, ou um ser apenado e outro não, se um deles for beneficiado com a colaboração premiada e o outro não. O colaborador passa a ter sua pena avaliada não só pela reprovabilidade de sua conduta, mas também, quando não preponderantemente, pela importância e eficácia da sua colaboração. A quebra de tratamento isonômico dos acusados se justifica por ser a colaboração causa especial de redução

de pena. Analogamente, em caso de concurso de pessoas, se apenas um dos coautores tem arrependimento posterior irá se beneficiar de causa geral de redução de pena quebrando a isonomia da sanção, ainda que o grau de culpabilidade seja o mesmo. Na individualização da pena (princípio constitucional estampado no artigo 5º, XLVI da CFRB), a dosimetria leva em conta não apenas a reprovabilidade do fato, mas também as circunstâncias pessoais do agente. Este é o **princípio de proporcionalidade da pena em concreto**. De fato, a pessoa do imputado é levada em consideração ao longo de todo o processo trifásico de dosimetria da pena.

A proporcionalidade em concreto tanto atua no sentido de agravar as penas quanto no sentido contrário na atenuação, conforme as circunstâncias, a culpabilidade e o comportamento individuais do agente. O mesmo princípio justifica uma diferença de proporcionalidade entre o delito cometido e a sanção penal para o colaborador. A proporcionalidade a ser observada na colaboração é entre a qualidade e eficácia da colaboração com o prêmio (que se traduz em uma atenuação da pena) e, desejavelmente, também pesando a participação do colaborador na autoria dos crimes no sentido de que não faz sentido premiar uma autoria relevante com uma colaboração comparativamente pouco relevante. Em outras palavras, os delitos praticados pelo colaborador devem ser sopesados frente à sua colaboração.

A argumentação de inconstitucionalidade da colaboração premiada por violação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB) relativamente ao delatado encontra como contraposição o fato que a colaboração premiada se constitui em meio de obtenção de prova e não em meio de prova. As delações do colaborador, após a homologação do acordo, de um lado devem ser submetidas, no processo penal, ao contraditório e à ampla defesa, de outro lado não podem se constituir em fundamento único para sentença penal condenatória, conforme art. 4º, § 16 da Lei de Organização Criminosa. Neste diapasão, as declarações do agente colaborador em relação ao delatado não têm o mesmo peso que uma prova testemunhal.

No que diz respeito ao princípio da legalidade, a colaboração premiada resulta de leis que passaram pelo devido procedimento legislativo. O vácuo procedimental sobre os acordos de colaboração premiada, que existia na legislação de colaboração premiada até a Lei de Organização Criminosa, desapareceu por ter esta lei ter regulamentado os procedimentos dos acordos de colaboração, tanto na fase pré-processual como na fase processual. Também houve um balizamento da atuação dos magistrados e no papel que lhes cabe no controle de legalidade.

O direito ao silêncio do acusado está inscrito na CRFB:

Art. 5º

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Também está presente no Código de Processo Penal:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

O direito do acusado não depor contra si mesmo nem se confessar culpado consta no artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU que foi promulgado pelo Decreto nº 592/92.

O direito do acusado não depor contra si mesmo nem a depor contra si mesmo está estampado no artigo 8, 2, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos da OEA, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que foi promulgada pelo Decreto nº 678/92.

Importante observar que estes tratados têm *status* supralegal.

O direito ao silêncio e à não autoincrimação se estende ao âmbito do interrogatório realizado no inquérito policial, ou seja, na fase de investigação. É o que se depreende do art. 6º, V, do Código de Processo Penal, combinado com os tratados internacionais. Também é o entendimento firmado na jurisprudência do STF conforme MC no HC 130.536 do DF de 29.9.2015, relatora Ministra Cármen Lúcia, HC 95.037, liminar no HC 95.037 de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe 26.6.2008; Habeas Corpus 73.035, relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 19.12.1996; Habeas Corpus 102.403, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 2.2.2010; Habeas Corpus 128.837, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe 18.6.2015; Habeas Corpus 129.070, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 30.6.2015.

Este é um direito ao qual o colaborador renuncia ao aderir a um acordo de colaboração premiada. É o que está inscrito no art. 4º, § 14, da Lei 12.850.

Art. 4º

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

O direito ao silêncio e a não se autoincriminar não é direito indisponível. A possibilidade de confissão como atenuante de pena já estava disposta no Código Penal, art. 48, IV, “d” desde 1940. A possibilidade de renúncia do direito ao silêncio e de não autoincriminação amplia o direito constitucional de ampla defesa para o acusado, uma vez que confere a liberdade do réu de decisão e escolha da opção mais benéfica em sua própria defesa e de proteger seus próprios interesses.

A renúncia a certos direitos fundamentais é uma forma de exercer o próprio direito renunciado em conjunto com o direito de liberdade.⁵¹ A maioria da doutrina entende ser compatível com a Constituição Federal a renúncia à não autoincriminação e ao silêncio cuja regulamentação está positivada na Lei de Organização Criminosa.⁵²

O requisito de voluntariedade, e, portanto, ausência de coação, na colaboração premiada está presente nos textos de lei. De acordo com a Lei 12.850 o juiz fica encarregado de verificar este requisito de legalidade na proposta de acordo.

Em comparação com jurisprudência estrangeira, a renúncia ao direito de não se autoincriminar insere-se na estratégia processual adotada pelo acusado, conforme expressamente decidiu o Tribunal Constitucional espanhol: “ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere”; na mesma linha adotada pela Suprema Corte norte-americana ao apreciar a constitucionalidade do *plea bargaining*, considerando que o *privilege against self incrimination* da 5ª emenda garante ao acusado fazer opção por colaborar ou não, com a acusação: “Waivers of constitutional rights not only must be voluntary but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely consequences. On neither score was Brady’s plea of guilty invalid [...]” (Brady v United States, Supreme Court of the United States, 397 U.S. 742 (1970)).⁵³

6.2. O CUSTO DA ALTERAÇÃO DA DINÂMICA DO PROCESSO PENAL E SUA JUSTIFICATIVA CONSTITUCIONAL

A introdução da colaboração premiada na dinâmica da investigação criminal e do processo penal coloca o indiciado ou acusado na condição de colaborador da autoridade policial ou do Ministério Público, seja na investigação policial, seja no processo penal. Também amplia

⁵¹ ADAMY, Pedor Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 49.

⁵² FONSECA, C. B. G. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 142-145.

⁵³ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 63-64.

o papel da autoridade policial e do Ministério Público ao colocarem estas autoridades como definidoras de redução ou isenção de pena dentro de um processo de negociação, deslocando a atribuição de dosimetria da pena que antes era exclusiva do magistrado para uma negociação de barganha entre a autoridade policial ou o Ministério Público e o investigado ou acusado.

A possibilidade de não oferecimento da denúncia como prêmio ao colaborador na Lei de Organização Criminosa constitui uma exceção à obrigatoriedade de propositura da ação pública incondicionada conforme art. 129, I, da CFRB, arts. 24 e 42 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal.

A autoridade conta com a ajuda de um agente que foi autor ou participou de crimes, incentivado pelo prêmio na redução ou eliminação da pena. Cabe então questionar a necessidade do sistema penal, com a introdução de leis de colaboração premiada, incentivar a ajuda na investigação e na acusação de um agente criminoso em troca de um benefício que torna a sanção desproporcional aos atos por ele praticados, de forma não isonômica com os outros cúmplices. As regras gerais de separação de papéis (investigado e investigador) e do papel do magistrado como agente exclusivo de avaliação da dosimetria da pena no processo penal ficam subvertidas na negociação de colaboração premiada.

Estas são, em linhas gerais, as alterações na dinâmica processual penal que a colaboração premiada provoca.

Atualmente convive-se em uma sociedade pós-industrial, de ampla produção econômica empresarial e financeira, com técnicas avançadas de comunicação e de informatização, que repercutiram nos fenômenos delituosos, nas suas técnicas e formas de se estruturar e também na forma de enfrentá-los. O fenômeno criminal contemporâneo está representado pelo crime organizado ou criminalidade associativa. Esta forma típica da delinquência moderna, difusa e recorrente, estruturada e protegida, e que causa danos significativos à sociedade, requer adoção de métodos especiais de investigação e inteligência para que haja efetividade persecutória institucional no combate a este tipo de crime.

Os instrumentos investigatórios moldados na perspectiva do ilícito penal clássico, caracterizados pela estrutura particular da lesão, cometida por sujeito ativo individual a sujeito passivo também individual encontram enorme dificuldade para obtenção de provas na modalidade contemporânea de crime organizado que se vale de modernas tecnologias, de sofisticadas técnicas de “lavagem” e de pactos de sigilo. Neste jogo de equilíbrio entre o interesse social na revelação do fato delituoso e da sua autoria, de um lado, e a garantia do indivíduo e do devido processo legal, de outro lado, é que se insere a colaboração premiada

como reforço e aprimoramento das técnicas investigativas, ao lado de outros institutos como a ação controlada e a infiltração de agentes.

O objetivo imediato da colaboração premiada é o melhoramento da operatividade do sistema judiciário punitivo. Seu escopo é o de reforçar a resposta penal. Os dispositivos de reforço investigativo devem ser considerados na medida que se destinem ao enfrentamento de novas manifestações de criminalidade, pela quase impossibilidade de abordá-las de outra forma que não seja pela intensificação das técnicas de apuração.⁵⁴

O custo de se alterar a dinâmica processual penal é justificada por um quadro de emergência investigativa, em que a investigação dos delitos associados à organização criminosa requer a ajuda de um “insider” para que se possa garantir operatividade penal.

Um outro argumento, de ordem constitucional, para se inserir o colaborador cúmplice na dinâmica investigativa e processual penal, além do efficientismo investigativo, é o fato de que a impossibilidade de se avançar na investigação e revelação das estruturas das organizações criminosas submete a sociedade inteira à uma criminalidade contínua que causa danos significativos. Não apenas danos patrimoniais, mas também danos à saúde, quando se trata de drogas, danos à vida, quando se trata de terrorismo, prejuízos continuados a investimentos em sistemas públicos de saúde e educação que deixam de ser feitos, quando se tratam de crimes de corrupção e econômicos, os chamados crimes “de colarinho branco”. A impossibilidade de combate a estas organizações e às infrações penais por elas praticadas ataca, portanto, direitos fundamentais de toda uma sociedade. A inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança está contemplada no art. 5º, *caput*, da CF/88. Os direitos sociais à educação, à saúde e à segurança estão inscritos no art. 6º, *caput*, da CF/88. O art. 144, *caput*, da CF/88, determina que a segurança pública é dever do Estado e é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. O Estado tem, portanto, a obrigação de fornecer segurança pública, protegendo os direitos fundamentais das pessoas que compõem a sociedade. A inserção de novos métodos de investigação que dotam de eficácia a persecução penal de organizações criminosas se alinham com esta obrigação estatal.

Se o efficientismo investigativo é o objetivo imediato da colaboração premiada, a segurança pública da sociedade visando a garantia dos direitos fundamentais de forma difusa é o objetivo mediato de índole constitucional, dentro do que constitui uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

⁵⁴ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 27-28.

6.3. JUSTIFICATIVA CONSTITUCIONAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma vez que a utilização da colaboração premiada foge aos padrões da dinâmica normal do processo penal e tem um custo em termos de isonomia penal, de proporcionalidade na pena e na utilização de agente criminoso como auxiliar de investigação, de um lado, e se justifica por um estado de necessidade emergencial de investigação e, ao mesmo tempo, de prejuízo significativo a direitos fundamentais da sociedade, de outro lado, não seria justificável usar o instrumento para qualquer tipo de delito ou como política geral de persecução criminal. Delitos menos gravosos para a sociedade ou que sejam passíveis de investigação pelos métodos tradicionais não devem estar no escopo do instrumento da colaboração premiada, ainda que haja ineficiência da autoridade policial ou do Ministério Público no trabalho de investigação.

Na colaboração premiada estão presentes tensões contrárias, de um lado o estímulo premial a que o colaborador-acusado abra mão voluntariamente de seu direito fundamental ao silêncio, como também, a desvantagem de modificação do sistema de processo penal tradicional e, do outro lado, o interesse público e coletivo da sociedade como um todo que deve ser objeto da proteção (de seus direitos fundamentais) e segurança pelo Estado. Trata-se de uma colisão de princípios que envolvem o estímulo à renúncia de direito fundamental individual (do colaborador) e o interesse público e coletivo de segurança e proteção de direitos fundamentais da sociedade.⁵⁵

Quando há colisão de princípios constitucionais envolvendo direitos fundamentais o postulado ou máxima de proporcionalidade é utilizado para resolver o conflito, estabelecendo qual princípio deve ceder e em que medida. Será utilizado este postulado para se analisar quando se justifica a prevalência da utilização do instrumento da colaboração premiada, em atendimento ao interesse de segurança da sociedade, e quando os métodos tradicionais de investigação, sem recurso à colaboração premiada, devem prevalecer.

O postulado de proporcionalidade se compõe de três subprincípios. O primeiro é o subprincípio da **adequação** do meio utilizado para o atingimento do fim desejado. O segundo é a **necessidade** desse meio. O meio não é necessário se há um meio mais suave ou menos restritivo. O terceiro é a **ponderação** ou **proporcionalidade em sentido estrito**, cuja fórmula

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998, p. 4. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Tele Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20863014/colisao-e-ponderacao---alexy>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

mais simples voltada aos direitos fundamentais assim se enuncia: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.⁵⁶

Em relação à adequação, seria recomendável a coleta de dados pelas autoridades responsáveis pela persecução penal para que se tenha a aferição da efetividade da colaboração premiada no enfrentamento da criminalidade sujeita a este instrumento.⁵⁷

Fassone (1992) propõe um inventário resumido dos meios de prova tradicionais para sustentar a concepção de que a refutação da colaboração premiada como instrumento de investigação implicaria em ausência de resposta eficaz às modernas associações delituosas. Considera que, na ausência de flagrante, os meios de prova são essencialmente quatro:

- documentos, os quais, via de regra, não são deixados ou produzidos pelas organizações criminais;
- interceptações telefônicas, que tendem a ter eficácia esvaziada, pelos perigos verificados nessa forma de comunicação;
- dados bancários e patrimoniais, que são protegidos em circuitos paralelos de difícil rastreamento e ligação com os titulares;
- depoimentos de testemunhas, contra os quais se veem dissuasões, corrupções, ameaças expressas ou veladas, decorrentes da própria organização criminosa, retirando a efetividade desse meio de prova.⁵⁸

A regra da necessidade determina uma comparação entre a medida escolhida pelo legislador e meios alternativos, verificando se alguma dessas opções está apta a produzir a mesma eficácia e idoneidade na consecução do objetivo, e, ao mesmo tempo, afetar em grau menor os direitos fundamentais.⁵⁹

A existência de outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os princípios e valores em jogo leva à conclusão pela inexigibilidade da medida legislativa.⁶⁰

Não há como definir *a priori* qual dos instrumentos investigativos disponíveis para o reforço investigativo será o mais eficaz na busca de provas da atuação criminosa. Somente a

⁵⁶ Ibid, p. 9.

⁵⁷ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 100.

⁵⁸ FASSONE, Elvio. Il processo penale e la valutazione dell’apporto probatorio del chia-mante in correità. In: NEUBURGER, L. de Cataldo (Coord.). **Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale**. Padova: Cedam, 1992, p. 104.

⁵⁹ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 103.

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 269.

avaliação do fenômeno criminal específico que se quer enfrentar no caso concreto é que permite a conclusão ou indicação sobre as técnicas investigativas mais idôneas.⁶¹

As legislações pátrias que contemplam a colaboração premiada não previram, taxativamente, o controle da necessidade da medida.⁶²

Esta previsão, de forma taxativa, está presente em outros recursos de investigação criminal, por exemplo, na interceptação telefônica e na infiltração de agentes.

O artigo 2º, II, da Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica) explicita o controle de necessidade:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

[...]

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

No caso de infiltração de agentes que é um dos meios de investigação criminal mais gravosos ao ordenamento jurídico, pois autoriza o agente de polícia a participar de delitos de organização criminosa o controle de necessidade está explicitado no §2º do art. 10 da Lei 12.850:

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

Relativamente ao subprincípio de ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, a comparação deve ser feita entre a importância da realização do fim, e a intensidade da limitação a direitos fundamentais.⁶³

O grau de importância da obtenção do fim deve justificar a limitação de direitos fundamentais pela utilização de recursos que extrapolam a sistemática tradicional de persecução penal.

Convive-se com o latente conflito entre os direitos de liberdade do indivíduo e os interesses estatais ou coletivos de eficácia na repressão de delitos, tendo em vista o interesse constitucional da segurança.⁶⁴

⁶¹ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 107.

⁶² Ibid.

⁶³ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 109.

⁶⁴ Ibid.

Uma regra de precedência dos princípios em colisão é estabelecida com base em juízo de ponderação, tendo em vista o interesse coletivo e o benefício da segurança. Desta forma, cedem os direitos individuais de liberdade ou de intimidade quando se configurarem imposições de esclarecimento de delitos.⁶⁵

Há, de um lado, as exigências de **operatividade do sistema penal**, ou de efetivo funcionamento da tutela coercitiva dos direitos e interesses individuais e da sociedade; e há, do outro lado, imperativos relacionados ao **asseguramento das liberdades individuais diante do poder coercitivo do Estado**.⁶⁶

O que parcela da doutrina sustenta é que o ordenamento penal não se pode orientar pela eficácia de seus preceitos, tampouco pela suposta eficiência do sistema na persecução de delitos, de modo que interesses de política criminal orientados à efetividade repressiva não podem interferir com o conjunto das liberdades individuais.⁶⁷

Uma **concepção objetiva dos direitos fundamentais** se origina da admissão da existência de princípios e valores constitucionais os quais, mais que permitir, impõem que se considerem finalidades de prevenção ou repressão de delitos como fazendo parte das funções principais do processo penal. Em outras palavras, o princípio da obrigatoriedade da atuação penal dos órgãos responsáveis pela persecução criminal reflete uma indicação constitucional clara de imposição de proteção a cargo do Estado, tendo como consequência que não se pode retirar do processo penal necessidades de eficiência e esclarecimento de delitos como resultado.

Há duas linhas de concretização geralmente aceitas como traduções jurídicas possíveis advindas da concepção objetiva dos direitos fundamentais: o efeito de irradiação a todos os domínios da ordem jurídica e o dever estatal de proteção.

A eficácia de irradiação importa atribuir às normas de direitos fundamentais, enquanto decisões valorativas, uma eficácia irradiante para toda a ordem jurídica.⁶⁸

Os deveres de proteção do Estado contêm uma dupla perspectiva: de um lado, o postulado de controle da ilegitimidade decorrente do excesso estatal (**proibição de excesso**), de proibição de violação de direitos fundamentais do indivíduo, de outro lado, destina-se também a garantir o exercício dos direitos fundamentais à sociedade, de aferir a

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ PULITANÒ, Domenico. La giustizia penale alla prova del fuoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, a. 40, nova série, fasc. 1, p. 3-41, genn/mar. 1997.

⁶⁷ RIVA, Carlo Ruga. Il premio per la collaborazione processuale. Milano: Giuffrè, 2002, p. 409.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 145.

inconstitucionalidade quando esta advier de **proteção insuficiente de um direito fundamental**, tratando-se, neste caso, de uma **proibição de insuficiência**.⁶⁹

Neste sentido a impossibilidade de o Estado realizar a persecução penal, tendo como conseqüência que organizações criminosas permaneçam praticando “crimes de colarinho branco”, com desvios vultosos de recursos públicos, agride não apenas à segurança pública mas também, e de forma importante, os direitos sociais de segunda geração insculpidos no art. 6º da CFRB já que os recursos públicos desviados, em geral de ordem de grandeza significativa, são recursos que deixam de ser utilizados em realização de direitos sociais fundamentais como Saúde e Educação cuja carência é bem conhecida. Trata-se de perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

A interpretação extensiva dos direitos fundamentais para incluir esta perspectiva difusa, mais ampla, encontra fundamento no enunciado de Pontes de Miranda:

Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fito proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido; é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscree a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufe a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, o de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional.⁷⁰

É importante salientar que os direitos sociais do art. 6º da CFRB não são meras intenções programáticas. Eles devem ser classificados como direitos vinculantes *prima facie*, estando sua realização condicionada, de um modo geral, à ponderação dentro da “reserva do possível”. Neste sentido Robert Alexy discorre:

Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a constituição

⁶⁹ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 87-90.

⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. I, p. 302, n. 14.

sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, não de passar por um processo de ponderação. E, assim, “sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade”. Assim, a teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais.⁷¹

Com mais força ainda, mesmo um subconjunto dos direitos sociais está vinculado em definitivo como prestação estatal. A Constituição Federal estabelece no art. 208, *caput* e incisos I e IV, dentro da esfera da Educação, um subconjunto, que abrange a educação infantil e fundamental, como obrigação garantida pelo Estado, o que reveste o direito à educação infantil e fundamental de uma vinculação definitiva como direito fundamental. Já o direito de educação de ensino médio pública está modulado progressivamente no tempo conforme a “reserva do possível” de acordo com o artigo 208, inciso II.

A colaboração premiada se dá no contexto de organizações criminosas e delitos continuados que, pela forma e gravidade, justificam a passagem pelos crivos da adequação e necessidade.

No caso de crimes econômicos, as organizações criminosas mais relevantes, com frequência, são compostas por agentes políticos, agentes públicos e empresários privados que contratam com órgão ou entidade estatal. Há troca de favores entre políticos e empresas privadas que têm contrato com o Estado, em vários casos com a atuação de empregados públicos em cargos de direção em empresas estatais como intermediários.

A ocupação destes cargos de direção em empresas estatais se dá por indicação política de membros da organização criminosa. A intermediação consiste no repasse de verbas públicas, de forma direta ou indireta. Estas verbas são oriundas de operações ilícitas realizadas no âmbito das empresas estatais, cujos dirigentes são cúmplices na organização.

Em outros casos, sem a intermediação de estatais, o desvio de verbas públicas a políticos e empresários privados se dá através da contratação de obras públicas superfaturadas. Nestas situações, a atuação da administração direta e/ou da administração indireta ficar viciada por ilegalidade e por desvios de finalidade.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998, p.10. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Tele Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/20863014/colisao-e-ponderacao--alexey> >. Acesso em: 23 de maio de 2018.

Os representantes do povo no Congresso também deixam de atuar com finalidade pública e suas atuações se voltam a interesses pessoais escusos. Frequentemente, na mesma organização criminosa participam agentes do poder legislativo e do poder executivo.

A organização se perpetua, no poder legislativo e no poder executivo, em eleições cujas campanhas são financiadas com as verbas resultantes dos delitos da própria organização.

Assim, essas organizações criminosas **desvirtuam a própria razão de ser da atuação de órgãos e entidades estatais, que deixam de atender o fim social e a finalidade pública, preceitos constitucionais, para atender o fim de enriquecimento ilícito dos agentes da organização.**

Essas organizações criminosas encampam, com frequência, segmento importante de agentes públicos e políticos do primeiro escalão dos poderes executivo e legislativo atuando de forma criminosa e lesiva à sociedade, em atuação contrária aos princípios da administração pública inscritos no *caput* do artigo 37 da CFRB, e à segurança pública, responsabilidade de todos (e em especial dos agentes estatais) conforme artigo 144 da CFRB.

A colaboração premiada, neste contexto, é um forte instrumento de auxílio à restituição da constitucionalidade operativa de órgãos e entidades estatais, nos poderes executivo e legislativo. Trata-se, portanto, de instrumento de resgate de constitucionalidade de operação da máquina pública.

Em outra perspectiva, a colaboração premiada amplia o princípio constitucional da ampla defesa, como observa Fonseca (2017) *in verbis*:

quando o réu aceita os incentivos legais à confissão, dentre os quais se insere a colaboração premiada, ele nada mais faz do que exercer efetivamente o seu direito à ampla defesa (...). Ora, sabe-se que a ampla defesa não se realiza apenas com a tese de negativa de autoria. Há casos em que é tida como estrategicamente correta e melhor a defesa do acusado que confessa e pugna por uma redução de pena, regime de cumprimento de pena mais benéfico ou substituição por pena restritiva de direitos, deixando, inclusive, de apelar da sentença condenatória.⁷²

No mesmo diapasão Santos (2017):

A opção pela colaboração premiada, sem meias palavras, é um dos caminhos que o acusado pode eleger, logo, enquanto tal, é manifestação da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República) – a depender das novas provas carreadas pelo Estado contra o acusado, a tornar a condenação mais do que visível no horizonte, a delação mostra-se a estratégia capaz de minorar a punição, ou, a depender do caso, evitá-la. Eliminar do ordenamento essa

⁷² FONSECA, C. B. G. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, 134.

alternativa reduziria o cardápio de “linhas de defesa” à disposição do acusado e do seu defensor, importando involução no exercício da ampla defesa, em descompasso com um dos critérios de hermenêutica constitucional – vedação do retrocesso.⁷³

A retirada da colaboração premiada do ordenamento jurídico constituiria, portanto, uma restrição ao princípio de ampla defesa.

7. VINCULAÇÃO E PROCEDIMENTOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

7.1. VINCULAÇÃO E EXTENSÃO DO ACORDO

Antes da Lei 12.850 de 2013 estavam ausentes regras de procedimento para estabelecer acordo de colaboração premiada nas várias leis que incluíam a colaboração premiada. O colaborador que auxiliasse na investigação poderia ter a expectativa de um prêmio de redução da pena no momento da sentença, sem que houvesse garantia do benefício. De outro lado qualquer acordo firmado entre o Ministério Público e o imputado carecia de um regramento procedimental o que deixava grande margem de discricionariedade.

O acordo com as regras procedimentais fixadas na Lei 12.850 confere ao colaborador direito subjetivo aos benefícios assentados no termo de colaboração, desde que cumpra suas obrigações. Tem, portanto, caráter de contrato como se entende no direito civilista. A este respeito estabeleceu o STF por unanimidade no HC nº 127.483/PR, julgamento em 27/08/2015, com relatoria do Ministro Dias Toffoli:

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

Por analogia esta modalidade de colaboração, via acordo, se estende aos demais casos de colaboração premiada, conforme admite expressamente o artigo 3º do Código de Processo Penal. Trata-se de uma analogia “*in bona partem*” e está em consonância com o princípio da legalidade penal estrita. Com esta extensão, é garantida maior proteção ao colaborador em face de discricionariedade por parte da autoridade policial ou do Ministério Público ou do magistrado.⁷⁴

⁷³ SANTOS, M. P. D. **Colaboração (delação) Premiada**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM. 2017, p. 78.

⁷⁴ SANTOS, M. P. D. **Colaboração (delação) Premiada**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM. 2017, p. 134.

O acordo não é condição necessária para que haja colaboração do acusado. Porém, neste caso, o colaborador fica submetido à avaliação posterior do juiz quanto ao valor da sua colaboração para efeito de redução de pena ou perdão judicial.⁷⁵

7.2. PARTES NO ACORDO DE COLABORAÇÃO

Embora o Ministério Público seja o titular da ação penal pública, consoante art. 129, I, da CFRB, art. 24 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal, o §6º do art. 4º da Lei de Organização Criminosa prevê a possibilidade de tanto o Delegado de polícia como o Ministério Público serem partes titulares do acordo de colaboração premiada, sendo a outra parte o investigado acompanhado de seu defensor.

A possibilidade de o Delegado de polícia ser parte titular do acordo de colaboração premiada está sendo questionada no STF pela Procuradoria Geral da República na ADI 5.508. A manifestação de maior parte do pleno até o presente momento é de que é possível a autoridade policial estabelecer acordos de colaboração premiada, porém os votos até agora emitidos apresentam condicionantes variados, considerando a prerrogativa do Ministério Público na proposição da pena ou na redução ou isenção da mesma.

O Ministro Alexandre de Moraes entende que o Ministério Público deve anuir no caso de perdão judicial. O Ministro Luís Roberto Barroso entende que a autoridade policial pode fazer acordo, porém não deve fechar redução de pena. Os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux entendem que os delegados podem fazer acordo, porém estes devem ter aprovação do Ministério Público.

Boa parte da doutrina defende que a posição da possibilidade da autoridade policial auxiliar e intermediar a proposta de colaboração, mas que o fechamento do acordo envolvendo contrapartidas materiais de redução de pena ou perdão judicial tenha sempre como parte titular o Ministério Público.

O §6º do art. 4º da Lei 12.850 determina, *in verbis*:

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o **delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público**, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

⁷⁵ Ibid, 134

O §2º do art. 4º da Lei 12.850 enuncia:

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

Grifos nosso. Se depreende, portanto, que no caso de acordo firmado entre delegado de polícia e investigado, ou em requerimento avulso de perdão judicial, o Ministério Público deverá anuir. Encontra respaldo jurídico no fato do Ministério Público deter privativamente a competência da promoção da ação penal pública e no fato da contrapartida da colaboração envolver redução ou substituição de pena ou perdão judicial.

A possibilidade de não oferecimento da denúncia no âmbito de um acordo de colaboração é prerrogativa exclusiva do Ministério Público reconhecida no §4º do art. 4º da Lei 12.850.

A outra parte do acordo de colaboração premiada será sempre o indiciado/acusado e seu defensor, consoante art. 6º, IV, da Lei 12.850.

A não participação do juiz nas tratativas para a formalização do acordo de colaboração, conforme §6º, art. 4º da Lei 12.850, é consequência do sistema acusatório e da necessidade do juiz se manter afastado das atividades de investigação e acusação no sentido de preservar a sua imparcialidade.

7.3. FASE PRELIMINAR

Apesar de não haver impedimento na lei brasileira para que o Ministério Público faça proposta de colaboração a um investigado ou réu, esta não tem sido a praxe nos processos em que comparecem as colaborações premiadas. A prática, no Brasil, tem sido o MP produzir suas provas sem contar com os depoimentos de réus colaboradores e a iniciativa, se surgir, vir sempre da defesa através de advogado ou defensor público. Desta forma se evita o discurso de pressão por parte das autoridades envolvidas e se garante o requisito de voluntariedade.⁷⁶

O requisito de voluntariedade está expresso no *caput* do art. 4º da Lei 12.850 e assim a proposta de acordo deve sempre ser voluntária o que não significa que a autoridade policial ou

⁷⁶ FONSECA, C. B. G. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 111

o Ministério Público não possam alertar sobre a possibilidade de que o indiciado/acusado faça o acordo. O que deve estar garantido é a ausência de qualquer modalidade de coação.

De outro lado, o Ministério Público ou a autoridade policial podem recusar a proposta de acordo de colaboração premiada se a colaboração não se enquadrar no subprincípio de necessidade, ou seja, se pelos meios tradicionais de investigação e coleta de provas for possível efetivar a produção de provas, ou se o Ministério Público já tiver provas que sejam suficientes para condenar os culpados. É preciso avaliar se a colaboração premiada amplia o espectro probatório.^{77,78}

Cabe ainda, ao Ministério Público ou ao delegado de polícia, antes de aceitar a proposta de acordo, aferir se há as declarações do colaborador reúnem requisitos mínimos de credibilidade e coerência interna.

A presença do advogado ou do defensor público assistindo o colaborador é indispensável em todas as fases do acordo de colaboração conforme preceitua o §15 do art. 4º da Lei 12.850.

Embora a lei não determine, na operação Lava Jato, antes das negociações, os Procuradores da República têm assinado com os investigados e seus advogados um “Termo de Confidencialidade” como uma forma de proteger o sigilo antes da homologação judicial.⁷⁹

Este termo regulamenta o sigilo das partes que está implicitamente determinado até o recebimento da denúncia no §3º do art. 7º da Lei 12.850:

Art.7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

[...]

§3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

7.4. MOMENTO DO ACORDO

O acordo de colaboração pode ser realizado tanto na fase de persecução penal, incluindo, portanto, a investigação policial e a fase processual, como na fase de execução da pena. Este

⁷⁷ Ibid, p. 110

⁷⁸ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 129-130.

⁷⁹ FONSECA, C. B. G. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 112-113.

preceito está estampado no *caput* do artigo 4º da Lei 12.850 e reforçado nos §§ 2º e 5º do art. 4º.

7.5. FORMA DO ACORDO

O artigo 6º da Lei 12.850 define a forma do termo de acordo de colaboração premiada que deverá conter o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do Delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do Delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

A existência do termo escrito constitui uma garantia do cumprimento da vinculação ao direito subjetivo premial do colaborador e permite buscar desfazer na via recursal, junto ao Poder Judiciário, eventual descumprimento de cláusulas do acordo na sentença condenatória.⁸⁰

7.6. OBRIGAÇÕES DO COLABORADOR E DOSAGEM DO PRÊMIO

Nas condições da proposta de acordo de colaboração o Ministério Público ou o delegado de polícia devem estabelecer obrigações que o colaborador se compromete a cumprir como revelar todos os fatos de que tenha ciência. O colaborador deverá receber garantias de que irá receber as vantagens premiais caso conte suas revelações em juízo. O condicionamento do prêmio a estas revelações revela, *mutatis mutandis*, equivalência com a exceção de contrato não cumprido da Teoria dos Contratos no Direito Civil, art. 476 do Código Civil.

O compromisso de colaboração deve ter como consectário, segundo a Lei 12.850, a produção de um ou mais entre os seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

⁸⁰ FONSECA, C. B. G. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 117.

Uma vez homologado o acordo e cumpridos os compromissos a que o colaborador se obrigou no acordo de colaboração, deverá o juiz, na sentença, conferir o prêmio na dosimetria da pena combinado no acordo com o Ministério Público ou com o delegado de polícia.

A premiação não pode depender da condenação efetiva dos coautores e partícipes, pois esta vai depender de fatores futuros externos.⁸¹

A proporcionalidade entre a relevância e a eficácia da colaboração e o *quantum* de prêmio a ser recebido pelo colaborador é requisito que se depreende, na Lei 12.850, das opções de prêmio do *caput* e do §4º e dos resultados exigidos nos incisos do *caput* do art. 4º; da parte final do §1º do art. 4º que exige avaliação da eficácia como medida da concessão do benefício; do §2º do art. 4º que demanda relevância da colaboração para a concessão do perdão judicial; a vinculação dos incisos I e II do art. 6º, que inserem no acordo a descrição da colaboração e seus possíveis resultados de um lado, e as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia do outro lado.

7.7. AS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR EM JUÍZO

O colaborador poderá ser ouvido em juízo como declarante, na fase da oitiva das testemunhas da acusação (se não for réu no mesmo processo), ou será interrogado ao final da instrução criminal, mas antes dos corréus delatados (se responder à mesma ação penal que seus cúmplices).⁸²

O colaborador deve confessar sua autoria ou participação nos crimes.

7.8. PAPEL DO JUIZ

Conforme já observado, o juiz não pode participar das negociações entre as partes para a formalização da proposta de acordo de colaboração premiada.

Uma vez concluída a proposta de colaboração premiada, o membro do *Parquet* peticiona para homologação um resumo do termo de acordo que não contém qualquer informação do colaborador ou do objeto do acordo. Este resumo que preserva o sigilo do colaborador é distribuído (*caput* do art.7º da Lei 12.850). Tendo sido distribuído o feito, o membro do Ministério Público complementa com as informações detalhadas do caso, isto é, a versão

⁸¹ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 146.

⁸² NOVO, B. N. **A importância do instituto da delação premiada**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10329/A-importancia-do-instituto-da-delacao-premiada>>. Acesso em: 26 out. 2017.

completa do termo de colaboração, acompanhada das declarações do colaborador e de cópia da investigação criminal, devendo o magistrado decidir sobre a homologação ou não do acordo em 48 horas (art. 7º, §1º e art.4º, §7º da Lei 12.850).

O juiz passa então a verificar a regularidade, a legalidade e a voluntariedade da proposta de acordo e pode, para este fim, ouvir o colaborador na presença de seu defensor (art.4º, §7º da Lei 12.850).

Não cabe no momento da homologação o juiz verificar a veracidade das declarações do colaborador, de acordo com posicionamento do Ministro Teori Zavascki em informações trazidas no julgamento do *Habeas Corpus* 127.483-PR no STF, *in verbis*:

(...) o âmbito da cognição judicial na decisão que homologa o acordo de colaboração premiada é limitado ao juízo a respeito da higidez jurídica desse ato original. Não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas, muito menos investigar ou atestar a veracidade ou não dos fatos contidos em depoimentos prestados pelo colaborador ou das informações trazidas a respeito de delitos por ele revelados.

Na homologação, portanto, o magistrado não atribui juízo de valor e tampouco confere predicados de veracidade ou idoneidade às informações trazidas pelo colaborador para identificar outros partícipes ou coautores.

O juiz pode recusar a homologação da proposta de colaboração premiada que não atender aos requisitos legais ou adequá-la ao caso concreto, devendo ser esta adequação de ordem formal e não material, consoante os §§8º e 6º do art. 4º da Lei 12.850.

Se a persecução penal se encontrar na fase investigativa e houver necessidade de se prorrogar a investigação para se arrecadar provas que aprofundem e corroborem o que foi delatado pelo colaborador, deverá ser feito pedido de suspensão do prazo para oferecimento da denúncia relativa ao colaborador, junto com o pedido de homologação da proposta de acordo, consoante §3º do artigo 4º da Lei 12.850.

O mesmo parágrafo prevê a possibilidade de pedido de suspensão do processo relativamente ao colaborador para que possam ser cumpridas as medidas de colaboração que o colaborador se comprometeu a realizar.

Ao fim da instrução que conta também (mas não só) com os meios de prova obtidos a partir da colaboração premiada o juiz deve proferir a sentença. A sentença deve avaliar os termos do acordo de colaboração e sua eficácia, de acordo com o §11 do art. 4º da Lei 12.850. Deverão ser aferidas a credibilidade e a corroboração das declarações do colaborador em face

de outros dados e elementos de prova apresentados na denúncia, na resposta do réu e na audiência de instrução e julgamento.

Tendo o colaborador cumprido suas obrigações no acordo deve o juiz, no caso de condenação, após a dosimetria da pena, explicitar qual a pena cabível e em seguida ressaltar que a pena a ser concretamente aplicada será a que foi negociada no acordo de colaboração.⁸³

7.9. FALSA DELAÇÃO

No contexto da colaboração premiada, a imputação falsa de prática de infração penal ou de revelação de informações falsas sobre a estrutura da organização criminosa constitui crime pelo art. 19 da Lei 12.850.

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Este artigo está conectado com o §14 do art. 4º da Lei 12.850 que determina que nos depoimentos que prestar o colaborador deve renunciar ao direito de permanecer em silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

8. EFICÁCIA PROBATÓRIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

8.1. EFICÁCIA PROBATÓRIA DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR

Na Inglaterra e Estados Unidos, países que adotam o sistema de *common law*, a questão de valoração da prova é de competência exclusiva dos jurados, podendo, dependendo do caso, as declarações do colaborador, mesmo desprovida de elementos de colaboração, servirem de prova apta a respaldar uma condenação.^{84,85}

Na Inglaterra é comum o juiz advertir previamente os jurados dos perigos existentes na condenação feita somente com base nas declarações do colaborador, sem outros elementos de

⁸³ FONSECA, C. B. G. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 125.

⁸⁴ FONSECA, C. B. G. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 186-187.

⁸⁵ PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 168-170.

prova corroborativos (*warning*). A partir de meados da década de 90 a exigência de *warning* passou a ser matéria de discricção do juiz.⁸⁶

As legislações estaduais nos Estados Unidos costumam fazer a exigência da advertência do juiz aos jurados, ao passo que a legislação federal não faz esta exigência. A jurisprudência americana em diversas ocasiões exigiu elementos de prova corroborativos, porém decisões recentes admitiram que é constitucionalmente válida a fundamentação da condenação baseada exclusivamente no depoimento do colaborador.⁸⁷

Na Itália, país referência em matéria de colaboração com a justiça para os países regidos pelos princípios da *civil law*, até o advento do artigo 192, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Penal de 1988, admitia-se a simples *chiamata di correo*, isto é, a chamada do corréu para fundamentar a culpabilidade do réu sem outras provas a corroborar as declarações do colaborador. Pelo novo regramento as declarações passam a ser valoradas conjuntamente com outros elementos de prova que confirmem sua idoneidade.

Art. 192.

Valutazione della prova.

[...]

3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.

4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b).

Grifos nossos. No Brasil, analogamente, não pode haver condenação com fundamento apenas nas declarações do colaborador. É o que enuncia o §16 do art. 4º da Lei 12.850:

Art. 4º

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

O colaborador deve indicar provas independentes que possam corroborar suas declarações para que se obtenha a condenação do delatado.

Na jurisprudência, a necessidade de evidência corroborativa está expressa, no *Habeas Corpus* 127.483 do STF⁸⁸, no voto do Ministro Celso de Mello:

⁸⁶ Ibid, p. 170.

⁸⁷ Ibid, p. 170-171

⁸⁸ STF. **HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ**. Relator Ministro Dias Toffoli. Publicado em 27/08/2015.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do instituto da colaboração premiada (cujo “nomen juris” anterior era o de delação premiada), ressalvando, no entanto, bem antes do advento da Lei nº 12.850/2013 (art. 4º, § 16), que **nenhuma condenação penal poderá ter por único fundamento as declarações incriminadoras do agente colaborador;**

no voto da Ministra Rosa Weber:

Há previsão expressa de que **nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador** (art. 4º, § 16, da Lei 12850/2013), e consagra a lei uma espécie de pacto de verdade com o colaborador, que, se quebrado, o sujeitará à perda dos benefícios do acordo e à persecução pelo delito de denúncia caluniosa (art. 19 da Lei 12850/2013);

no voto do Ministro Edson Fachin:

As declarações do colaborador, portanto, só têm validade se forem corroboradas por outros elementos de prova, o que significa dizer que, sozinhas, suas palavras, em face do delatado, nenhum efeito jurídico produzem;

e no voto do Ministro Dias Toffoli:

Enquanto o **acordo de colaboração é meio de obtenção de prova**, os **depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova**, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.

[...]

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, há muito, assentou o entendimento de que “a delação, de forma isolada, não respalda condenação” (HC nº 75.226/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 19/9/97), e de que “a chamada de corrêus, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação”, mas tão somente “como elemento ancilar da decisão” (HC nº 90.708/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13/4/07).”

Grifos nossos. As declarações do colaborador constituem, portanto, elemento de prova que precisa ser corroborado por outros elementos probatórios que atestem sua confiabilidade. Trata-se, segundo Pereira (2016), de “prova menor” ou prova indiciária por necessitar pelo prejuízo de confiabilidade por serem oriundas de informações de sujeito interessado no objeto do processo.

O mesmo critério de valoração é estabelecido em relação à confissão que, pelo artigo 197 do Código de Processo Penal, deve ser corroborada por outros meios de prova.

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

8.2. DELATADO E COLABORAÇÃO PREMIADA

A necessidade de corroboração das declarações do colaborador que incriminam o delatado afasta a possibilidade deste meio de prova ser utilizado como único elemento a fundamentar a condenação do delatado e está em consonância com o princípio constitucional de presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII.

O princípio do livre convencimento motivado do juiz está disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da **prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Grifo nosso. As declarações do colaborador, que acompanham o acordo de colaboração, e outros elementos de prova colhidos a partir da colaboração, que incriminam o delatado, devem ser conhecidas pelo acusado no regime de ampla defesa e contraditório no processo penal, para que tenham qualquer valor probatório. O delatado ostenta a garantia do devido processo legal.

O §13 do art. 4º da Lei 12.850 determina, sempre que possível, o registro dos atos de colaboração:

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

O sigilo da colaboração premiada termina após o recebimento da denúncia, conforme inscrito no §3º do art. 7º da Lei 12.850:

Art. 7º.....

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

Os coautores ou partícipes delatados podem confrontar em juízo as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, e também impugnar as medidas restritivas de direito contra eles eventualmente adotadas, consoante enunciado pelo Ministro Dias Toffoli no *Habeas Corpus* nº 127.483-PR:

De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor.

Todavia, os **termos do acordo de colaboração não são passíveis de impugnação pelo delatado** e isto não configura desproteção aos interesses do delatado, em função do peso relativo das declarações do colaborador como meio de prova, e também pela possibilidade dessas declarações e as provas com base nelas obtidas **poderem ser confrontadas pelo delatado no regime de contraditório judicial.**⁸⁹

A criminalização da falsa delação, como visto na seção 7.9, está presente no art. 19 da Lei 12.850, e ao desestimular e sancionar corréus que optem pela colaboração com o fito do prêmio, sem cuidar da veracidade da delação, também constitui fator de proteção ao delatado.

9. PRISÃO CAUTELAR E COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada legitima sua legalidade quando feita livre de vícios, dentre outros: erro, dolo, coação, medo, ou incapacidade acidental.

O fato do delator se encontrar sob prisão cautelar não compromete, por si só, a legalidade da colaboração premiada. Esta é a posição do Ministro Ricardo Lewandowski que endossou a do relator Ministro Dias Toffoli no *habeas corpus* nº 127.483-PR, *in verbis*:

De outra parte, também entendo, tal como o Relator, que, se a delação foi feita durante o período em que o delator se encontra na prisão, seja temporária, seja preventiva, tal circunstância, por si só, não a anula necessariamente, pois ela

⁸⁹ STF. **HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ**. Relator Ministro Dias Toffoli. Publicado em 27/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

- a prisão, desde que legalmente decretada, não tem o condão de viciar a sua vontade.

No mesmo sentido a posição de Santos (2017):

Importa ausência de coercitividade, logo, o fato de o delator encontrar-se cautelarmente preso, por ordem escrita e fundamentada, de juízo competente, não a compromete, mesmo porque nenhuma custódia cautelar pode ter como fundamento a obtenção d colaborações premiais, atrelada à conveniência da instrução criminal, ante as garantias constitucionais ao silêncio [...] e a não autoincriminação [...], afinal, ninguém pode ser compelido, corporalmente, a cooperar ...⁹⁰

Contrariamente, se a prisão cautelar, provisória ou preventiva, é decretada sem a observância dos requisitos processuais, estampados no art. 312 do Código de Processo Penal e no art. 1º da Lei 7.960 de 1989, e a colaboração é obtida nestas circunstâncias, fica caracterizada a submissão a constrangimento ilegal e, portanto, a colaboração fica viciada, devendo a colaboração e as provas dela derivadas serem anuladas pelo magistrado, a não ser que o colaborador ratifique suas declarações em juízo.

A revogação de prisão cautelar ou a substituição desta por medidas cautelares mais brandas não cabem como cláusulas em acordos de colaboração premiada. Este poder de estabelecer ou revogar a cautela é do magistrado e, portanto, não cabe ao delegado de polícia ou ao Ministério Público negociar um poder que eles não têm.⁹¹

Por outro lado, se o juiz verificar que após a efetivação da colaboração premiada não subsistem os motivos que levaram à decretação da prisão preventiva, ele poderá revogá-la, de acordo com o artigo 316 do Código de Processo Penal, sem que seja caracterizado vínculo direto com a própria colaboração. Ou seja, a revogação deverá ser constituída em virtude de circunstância de ordem processual e jamais como consequência direta da colaboração premiada.⁹²

10. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E COLABORAÇÃO PREMIADA

⁹⁰ SANTOS, M. P. D. **Colaboração (delação) Premiada**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM. 2017, p. 147-148.

⁹¹ Ibid, p. 148.

⁹² MOSSIN, H. A.; MOSSIN, J. C. O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. 3ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2018, p. 243.

10.1. HISTÓRICO

Em 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal e, a partir dele, foram regulados temas como o inquérito policial, prova, interrogatório e confissões, além de ficar estabelecido que o juiz pode aplicar, provisoriamente, medidas de segurança ainda no curso do inquérito mediante representação da autoridade policial.

O Código de Processo Penal teve como base um contexto histórico autoritário, com o Estado Novo, e não consagrava o princípio da presunção de inocência do acusado, e partia de um juízo de antecipação de culpabilidade. Isso tinha como consequência que uma simples denúncia já poderia colocar alguém atrás das grades. O que vigorava, na época, era isso: para recorrer da decisão de prisão, o condenado necessariamente teria que estar preso.⁹³

O artigo 393 do Código de Processo Penal de 1941 determinava, *in verbis*:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Ou seja, a prisão já seria possível e determinada mesmo após a condenação em primeira instância.

Com o advento da CF/88 o princípio constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado (artigo 5º, LVII) entrou em dissonância com a antecipação da culpabilidade expressa no art. 393, II. A súmula 9 do STJ de 1990 compatibilizou o princípio da não culpabilidade da CF/88 com a possibilidade de prisão provisória, já na condenação de primeira instância.

STJ - Súmula 9

A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Em 2009 o STF alterou este entendimento do princípio da presunção de inocência e com fundamento nele e no princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, CF/88, estabeleceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, com a

⁹³ MIGALHAS. **Prisão em 2ª instância é tema polêmico com muitas idas e vindas**. 4 de abril de 2018.

Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI277678,31047->

Prisao+em+2+instancia+e+tema+polemico+com+muitas+idas+e+vindas >. Acesso em: 2 de junho de 2018.

determinação que a prisão antes do trânsito em julgado só poderia ser decretada a título cautelar. Neste sentido enunciou a prevalência da Lei de Execução Penal (LEP) de 1984, artigo 105, combinado com o artigo 107, sobre o artigo 637 do Código de Processo Penal (CPP).

LEP

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

CPP

Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Em fevereiro de 2016 o STF mudou este entendimento no HC 126.292/SP, por maioria de votos. Entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

Foram estes os principais fundamentos jurídicos trazidos no voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

- (i) a Constituição brasileira **não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado** da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;
- (ii) a **presunção de inocência é princípio** (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando **ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes**. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve **demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144);**
- (iii) **com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação** esgotam-se as instâncias ordinárias e a **execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal**. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

Grifos e sublinhados nossos. A perspectiva objetiva de direitos fundamentais está presente no fundamento de ponderação deste voto assim como nas justificativas constitucionais da colaboração premiada.

Agrega ainda o Ministro Barroso três fundamentos de ordem pragmática para reforçar a tese adotada pelo STF:

[...] a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:
 (i) permite tornar o **sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado**, na medida em que **coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios** e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
 (ii) **diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário**, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e
 (iii) **promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal**, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial **impeça a aplicação da pena (pela prescrição)** ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

Grifos nossos. No item (ii) há também identidade com o princípio republicano de uma sociedade justa enunciado no artigo 3º, I, da CFRB e com o artigo 5º, *caput*, no sentido de fazer valer o cumprimento da lei de forma mais igualitária para todos.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 tinham como pedido que o Supremo reconhecesse a constitucionalidade do artigo 283 do CPP com redação dada pela Lei 12.403 de 2011, revogando entendimento do Plenário no HC 126.292/SP de fevereiro de 2016. O dispositivo do CPP diz que, sem trânsito em julgado, uma pessoa só pode ser presa em flagrante ou por aplicação de medida cautelar. Prisão como efeito de condenação penal, só depois de esgotados todos os recursos.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Em outubro de 2016, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que **o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância** e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

No seu voto o Ministro Edson Fachin deu ao artigo 283 do CPP interpretação conforme a Constituição que afaste aquela segundo a qual a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Ele defendeu que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

O Ministro Luís Roberto Barroso trouxe, no seu voto, os seguintes fundamentos para o entendimento prevalecente:

1. **A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144).** O enorme **distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade.** Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal.

2. O reconhecimento da legitimidade da **prisão após a decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal**, uma vez que não se trata de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do **art. 637 do CPP**: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal.

3. Como argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado nessas ADCs –, na parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Com o esgotamento das instâncias ordinárias, **a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP)**, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa hipótese, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas.

4. **O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu**, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas **torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp.** Eventual taxa mais elevada de sucesso nesses recursos verificada em algumas unidades da federação, que se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (por exemplo, em ilícitos relacionados a drogas), não deve se resolver, em princípio, com prejuízo à

funcionalidade do sistema penal, mas com ajustes pontuais que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores.

Grifos nossos. Em novembro de 2016, no agravo contra inadmissão do Recurso Extraordinário 864.246, **em regime de repercussão geral**, ficou reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

10.2. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA E COLABORAÇÃO PREMIADA

A possibilidade do início da execução da pena após a condenação confirmatória em segunda instância confere maior eficiência e celeridade sistema de justiça criminal na aplicação da sanção penal ao condenado e rompe o caminho dos infundáveis recursos até as instâncias superiores que acabavam, com frequência, por implicar em impunidade por prescrição dos crimes ou, no mínimo, um adiamento temporal de muitos anos até o início de execução da pena.

Fechado este caminho, privilégio de réus dotados de altos recursos financeiros, em particular de recursos oriundos de crimes praticados no âmbito de organizações criminosas, a colaboração premiada passa a ser uma alternativa para que o réu obtenha uma diminuição sensível de pena ou, até mesmo, o perdão judicial.

Há um duplo benefício, do réu que passa a ter uma atitude colaborativa com a Justiça, inclusive confessando sua participação nos delitos e, de outro lado, para o rompimento do estado emergencial de impedimento investigativo de organizações criminosas poderosas e sofisticadas, com a dotação de maior eficiência à investigação criminal.

De outro lado, a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado torna o caminho dos infundáveis recursos uma alternativa concreta que conduz à impunidade e esvazia a possibilidade de se prosseguir com eficácia a investigação de organizações criminosas, tornando o sistema penal disfuncional e sujeitando toda a sociedade a uma falta de segurança e proteção de direitos fundamentais difusos.

A sinergia entre execução provisória da pena após a segunda instância e a colaboração premiada permitiu que a operação Lava Jato conseguisse avançar nas investigações de esquemas criminosos executados por políticos e empresários. As colaborações constituíram instrumento importante para o avanço eficaz das investigações.

11. FORO PRIVILEGIADO E COLABORAÇÃO PREMIADA

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, determina que todos os brasileiros são iguais perante à lei, mas prevê uma espécie de exceção: o foro especial por prerrogativa de função. Conhecido como foro privilegiado, ele determina que ocupantes de certos cargos sejam julgados por instâncias específicas do Judiciário.

O objetivo original do foro privilegiado não é proteger determinadas pessoas, mas sim cargos específicos. Em tese, tribunais superiores estão menos vulneráveis a pressões externas e podem julgar autoridades com maior independência. O foro privilegiado para políticos, por exemplo, pretende impedir que os julgamentos sejam influenciados por tensões e disputas de poder regionais.⁹⁴

Segundo levantamento feito pela Folha de São Paulo, a legislação brasileira garante a prerrogativa a pelo menos 58.660 pessoas.⁹⁵

Não há, no Direito Comparado, nenhuma democracia consolidada que consagre a prerrogativa de foro com abrangência comparável à brasileira. No Reino Unido, na Alemanha, nos Estados Unidos e no Canadá a prerrogativa de função sequer existe. Entre os países com foro privilegiado, a maioria o institui para um rol reduzido de autoridades. Na Itália, a prerrogativa de foro se aplica somente ao Presidente da República. Na França, o foro especial é instituído apenas para os membros do governo (os Ministros e secretários de Estado). Em Portugal, são três as autoridades que detêm foro privilegiado: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro.⁹⁶

A extensão incomum do foro por prerrogativa de função no Brasil não decorre exclusivamente do número de autoridades contempladas, mas também em razão dos ilícitos abrangidos. Segundo a compreensão atual, um acusado ou réu que ocupe determinado cargo (e.g., Deputado Federal) será processado e julgado, originariamente, por um juízo de instância superior (e.g., STF) mesmo se o crime a ele imputado não tiver qualquer conexão com

⁹⁴ MORAES, Igor. Foro privilegiado: entenda o que mudou após decisão do STF. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 de maio de 2018.

Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,foro-privilegiado-entenda-o-que-mudou-apos-decisao-do-stf,70002298660>>. Acesso em: 2 de junho de 2018.

⁹⁵ FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil possui ao menos 58 mil autoridades, de 40 cargos, com foro especial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 de abril de 2018.

Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/brasil-possui-ao-menos-58-mil-autoridades-de-40-cargos-com-foro-especial.shtml>>. Acesso em: 2 de junho de 2018.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf>>. Acesso em: 2 de junho de 2018.

as funções desempenhadas (e.g., crime de homicídio da esposa ou corrupção praticada quando ocupava cargo diverso). No Direito Comparado, porém, os países que instituem a prerrogativa de foro, em regra, o fazem apenas quanto a atos ilícitos praticados por autoridades “no exercício de suas funções”, como é o caso de Portugal, França e Holanda.⁹⁷

O atual modelo de foro por prerrogativa de função acarreta duas consequências graves e indesejáveis para a justiça e para o Supremo Tribunal Federal. A primeira delas é a de afastar o Tribunal do seu verdadeiro papel, que é o de suprema corte, e não o de tribunal criminal de primeiro grau. Como é de conhecimento amplo, o julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como Mensalão) ocupou o STF por 69 sessões. **Tribunais superiores, como o STF, foram concebidos para serem tribunais de teses jurídicas, e não para o julgamento de fatos e provas.** Como regra, **o juízo de primeiro grau tem melhores condições para conduzir a instrução processual**, tanto por estar mais próximo dos fatos e das provas, quanto por ser mais bem aparelhado para processar tais demandas com a devida celeridade, conduzindo ordinariamente a realização de interrogatórios, depoimentos, produção de provas periciais, etc.⁹⁸

A segunda consequência é a **ineficiência do sistema de justiça criminal. O Supremo Tribunal Federal não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com a devida celeridade os casos abarcados pela prerrogativa. O foro especial, na sua extensão atual, contribui para o congestionamento dos tribunais e para tornar ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e as condenações.** É o que evidenciam as estatísticas. Tramitam atualmente perante o Supremo mais de 500 processos contra agentes políticos (435 inquéritos e 101 ações penais). Com as operações em curso, em especial a Lava Jato, estima-se que o número de autoridades sob investigação ou respondendo a ação penal perante o STF irá aumentar expressivamente. No entanto, segundo recente estudo “Supremo em Números”, produzido pela FGV do Rio de Janeiro, desde 2007, **o número de processos novos tem sido sempre superior ao de processos encerrados:** ou seja, a cada ano, o STF sequer tem sido capaz de “vencer” a distribuição.⁹⁹

A tramitação dos processos também é extremamente lenta. Hoje, **o prazo médio para recebimento de uma denúncia pela Corte é de 581 dias.** Um juiz de 1º grau a recebe, como regra, em menos de uma semana. Além disso, calcula-se que **a média de tempo transcorrido desde a autuação de ações penais no STF até o seu trânsito em julgado seja de 1.377 dias.**

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

No limite, processos chegam a tramitar por mais de 10 anos na Corte. A título ilustrativo, este foi o caso da AP 345, envolvendo acusação da prática dos crimes de quadrilha e falsificação ideológica contra o Deputado Fernando Giacobbo, que, **após 11 anos**, encerrou-se com a **prescrição** da pretensão punitiva. E pior: mesmo após longa tramitação, o resultado mais comum em ações penais e inquéritos perante o STF é a **frustração da prestação jurisdicional**. Segundo o relatório da FGV, em **2 de cada 3 ações penais o mérito da acusação sequer chega a ser avaliado pelo Supremo, em razão do declínio de competência** (63,6% das decisões) ou da prescrição (4,7% das decisões). Também no caso dos inquéritos, quase 40% das decisões do STF são de declínio de competência ou de prescrição.¹⁰⁰

No dia 29 de maio de 2018 o Supremo Tribunal Federal teve a sua primeira condenação no âmbito da operação Lava Jato¹⁰¹, que teve início em 17 de março de 2014. Segundo levantamento feito pelo Ministério Público Federal até 14 de maio de 2018, nesses quatro anos da operação, a Lava Jato na primeira instância no Paraná teve 74 acusações criminais contra 309 pessoas distintas e, nestas 74 acusações, em 41 já houve sentenças pelos crimes de corrupção, contra o sistema financeiro internacional, por tráfico transnacional de drogas, por formação de organização criminosa, por “lavagem” de ativos e outros, totalizando 203 condenações contra 132 pessoas.¹⁰² Em comparação, no Supremo Tribunal Federal a operação Lava Jato encampa 100 acusados em 38 denúncias e até 29 de maio de 2018 não havia um único condenado.¹⁰³ Estes números mostram a disfunção da corte suprema como tribunal de julgamentos ordinários de provas e fatos.

Na questão de ordem na ação penal 937, suscitada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em maio de 2018, restringir o foro por prerrogativa de função, para deputados federais e senadores, apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Decidiu também que, após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. Como consequência destas decisões, além do envio para a primeira instância da maior

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma condena deputado federal Nelson Meurer por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=379905>>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

¹⁰² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **A Lava Jato em números no Paraná**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

¹⁰³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **A Lava Jato em números - STF**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

parte das ações penais que tramitam atualmente no STF, o que causará desafogo no tribunal, também se evita, em significativa medida, a mudança de competência durante o curso do processo, motivo de maior morosidade processual e decurso de prazo prescricional.

Esta decisão foi estendida pela Primeira Turma do STF, em 12 de junho de 2018, no Inquérito 4703, já com a denúncia oferecida, em que um dos investigados é o atual Ministro da Agricultura. A turma declinou da competência e o inquérito foi encaminhado à primeira instância da Justiça Comum em Mato Grosso.

O foro por prerrogativa de função constitui uma porta para a impunidade, que blinda a condenação de detentores deste privilégio, mesmo quando delatados e indiciados em colaborações premiadas. Compromete, assim, a eficácia do sistema penal e do instrumento de colaboração premiada. A recente decisão de restrição do foro por prerrogativa de função, juntamente com a regra de restrição de mudança de competência vêm de encontro à maior efetividade do sistema de justiça criminal e da colaboração premiada.

Comparando com a execução provisória de pena após condenação confirmatória em segunda instância, esta **atinge o possível colaborador-delator** e sua ausência implica em praticamente anular o benefício da colaboração premiada, por se poder obter um prêmio maior, a prescrição. Já no caso do foro privilegiado ele **atinge o delatado** que tem direito a esta prerrogativa e mesmo com a efetividade de colaboração premiada por parte do colaborador a eficácia do processo penal, para o delatado, fica comprometida.

12. ACORDO DE LENIÊNCIA

12.1. OS DOIS CONTEXTOS DE ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência é a versão da colaboração premiada, *latu sensu*, na esfera administrativa. O acordo de leniência tem foco na pessoa jurídica privada que comete infrações administrativas da ordem econômica, conforme definido no artigo 36 da Lei 12.529 de 2011 - Lei do CADE ou Lei de Defesa da Concorrência, ou que comete ato lesivo à administração pública nacional ou estrangeira, consoante artigo 5º da Lei 12.846 de 2013 – Lei Anticorrupção.

A responsabilidade no caso das pessoas jurídicas privadas é objetiva. No caso da Lei do CADE a responsabilidade de pessoas físicas, dirigentes ou administradores, é solidária. No caso da Lei Anticorrupção a responsabilidade de pessoas físicas ocorre na medida das suas culpabilidades pelos atos ilícitos.

Tanto no âmbito da Lei do CADE como no da Lei Anticorrupção a sanção se dá por meio de processo administrativo. No caso do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica tem a competência de julgar os processos. Na esfera da Lei Anticorrupção a instauração e o julgamento de processo administrativo de responsabilização (PAR) para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos 3 poderes, porém no âmbito do Poder Executivo federal, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC), antiga Controladoria-Geral da União (CGU), tem competência concorrente. Esta competência do MTFC é exclusiva para atos ilícitos, previstos na Lei Anticorrupção, contra a administração pública estrangeira.

A Lei Anticorrupção foi regulamentada pelo Decreto 8.420 de 2015.

As sanções administrativas são multa sobre o faturamento e publicação da decisão administrativa sancionadora (esta segunda no âmbito do CADE só em casos mais graves). Dependendo do caso também poderão ser aplicadas sanções de proibição de participar de licitações com a administração pública e de contratar com a administração pública ou com instituições financeiras oficiais. Na Lei do CADE, a depender da gravidade dos fatos, as sanções podem chegar à cisão da sociedade, transferência de controle acionário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade.

A primeira lei que tratou de acordo de leniência foi a Lei 10.149 de 2000, introduzindo novo artigo na Lei 8.884 de 1994, que tratava da defesa de concorrência. O formato de acordo de leniência não foi alterado desta lei para a Lei do CADE de 2011 que a substituiu, revogando quase todos os artigos. Na antiga lei a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) era o órgão estatal que tinha a competência de celebrar acordos de leniência. Tal competência, na nova lei, passou a ser do CADE. O acordo de leniência é tratado nos artigos 86 e 87 da Lei do CADE, *in verbis*:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

- I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e
- II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1o O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2o Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1o deste artigo.

§ 3o O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4o Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5o Na hipótese do inciso II do § 4o deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6o Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7o A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8o Na hipótese do § 7o deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4o deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

A competência para celebrar o acordo é da superintendência-geral do CADE.

No caso de cartel, fraude em licitação pública, ou outra infração da ordem econômica prevista na Lei do CADE, apenas a primeira empresa pode celebrar acordo de leniência.

O acordo de leniência deve atender ao subprincípio da necessidade. Se a Superintendência-Geral do CADE dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo, o acordo não poderá ser celebrado.

As obrigações para a empresa colaboradora incluem a identificação dos demais envolvidos (colaboração delatária), a cessação da prática da infração noticiada ou sob investigação (colaboração preventiva), a confissão da empresa, a cooperação contínua com a investigação e com o processo. Essas duas últimas obrigações do agente colaborador também são exigências inseridas em acordos de colaboração *stricto sensu* embora não estejam colocadas de forma taxativa na Lei de Organização Criminosa. A colaboração deve resultar em eficácia na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração. Ou seja, o meio de obtenção de prova deve se provar efetivo para validar a colaboração. Aqui também o acordo de leniência coloca de forma mais taxativa o que na Lei de Organização Criminosa é denominado de “eficácia da colaboração”.

Os prêmios podem ser a extinção da ação punitiva (o que corresponde ao perdão judicial na versão penal) ou a redução de 1/3 a 2/3 das penas. Em ambas as opções o prêmio é conferido pelo Tribunal Administrativo.

O fato objeto da ação administrativa sancionatória também pode constituir, isolada ou cumulativamente, crime contra a ordem econômica (Lei 8.137/1990) ou crime tipificado na Lei de Licitações (Lei 8.666//1993) ou crime de associação criminosa (art. 288 do Código Penal) relativamente à pessoa física envolvida no acordo. O artigo 87 da Lei do CADE suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário do acordo de leniência. Da mesma forma impede a prescrição pela suspensão do prazo prescricional. Uma vez que o agente colaborador cumpra o acordo de leniência é extinta a pretensão punitiva criminal. Essa condição negativa de procedibilidade tanto na área administrativa como na criminal confere segurança para o agente colaborador. No contexto da Lei Anticorrupção não é oferecida a garantia no âmbito criminal ao colaborador.

O artigo 47 da Lei do CADE estabelece o direito de ação civil reparatória por perdas e danos sofridos aos que foram prejudicados por infrações da ordem econômica. Este direito é independente dos processos administrativos ou dos acordos de leniência.

A Lei Anticorrupção (lei 12.846/2013) traz o acordo de leniência nos artigos 16 e 17:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

A competência para celebrar o acordo no âmbito do Poder Executivo Federal é do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Em outras áreas a competência é da autoridade máxima do órgão público ou da entidade pública.

Como na Lei do Cade, apenas a primeira pessoa jurídica que se apresentar pode propor o acordo de leniência.

O subprincípio da necessidade não está expresso, mas deve ser atendido por analogia com outros dispositivos de colaboração.

As colaborações delatária e preventiva, a confissão e a colaboração contínua são requisitos como na Lei do Cade. A colaboração deve resultar em eficácia na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração.

Os prêmios incluem, cumulativamente:

- a não aplicação da sanção de publicação,

- a não aplicação da sanção de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público,
- redução de até 2/3 da multa aplicável.

O artigo 19 da Lei Anticorrupção prevê responsabilização civil na esfera jurídica, independente do processo administrativo ou de acordo de leniência, para ressarcimento de vantagem ou proveito obtidos da infração, incluindo a possibilidade de suspensão ou interdição parcial de atividades da pessoa jurídica ou mesmo sua dissolução compulsória. Este artigo corresponde ao artigo 47 na Lei do CADE.

12.2. MULTIPLICIDADE DE ÓRGÃOS E ENTIDADES DE CONTROLE

Na esfera administrativa tanto os Tribunais de Contas, como as autoridades máximas de órgãos e entidades públicos, como o CADE, como o MTFC têm competência para instaurar processos administrativos que visem coibir atos lesivos à administração pública. O Ministério Público e a Advocacia Pública têm, por sua vez, competência para ajuizar ação civil pública para coibir improbidade administrativa. Ademais algumas dessas infrações administrativas também são tipificadas como crime econômico ensejando, portanto, o ajuizamento de ação penal pelo Ministério Público ou pela Advocacia Pública do órgão ou entidade prejudicado. O acordo de leniência no âmbito do CADE prevê blindagem para a ação penal mas não o acordo no âmbito da Lei Anticorrupção.

Esta multiplicidade de agentes e competências acaba por gerar insegurança jurídica ao colaborador em acordo de leniência, pois mesmo cumprindo o acordo de leniência com um órgão ou entidade estatal poderá se ver às voltas com processos administrativos ou jurídicos movidos por outros órgãos ou entidades estatais e, pior, a partir de dados colhidos no procedimento de colaboração que deverão se tornar públicos após a efetivação do acordo de leniência.

A Medida Provisória 703 de 2015, cuja vigência foi encerrada sem aprovação, previa a possibilidade de participação da Advocacia Pública e do Ministério Público nos acordos de leniência para que as ações judiciais civis previstas no art. 19 da Lei Anticorrupção e no art.17 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429 de 1992) não pudessem ser ajuizadas ou, se já tivessem sido ajuizadas, que não pudessem prosseguir. Com respeito a processos administrativos relativos ao mesmo fato em curso em outros órgãos ou entidades, previa o sobrestamento após a celebração do acordo de leniência e posterior arquivamento em caso de

cumprimento do acordo. Em relação aos Tribunais de Contas a MP previa o envio do acordo, após a assinatura do mesmo, para que esses tribunais avaliassem se o prejuízo ao erário estaria contemplado na sua integralidade e, em caso negativo, poderem instaurar processo administrativo para obter o prejuízo faltante. Estas possibilidades e procedimentos estavam contemplados em 4 parágrafos:

§ 11. O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuizem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)

§ 12. O acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)

§ 14. O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá, nos termos do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no § 3o. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)

Art. 17-A. Os processos administrativos referentes a licitações e contratos em curso em outros órgãos ou entidades que versem sobre o mesmo objeto do acordo de leniência deverão, com a celebração deste, ser sobrestados e, posteriormente, arquivados, em caso de cumprimento integral do acordo pela pessoa jurídica. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)

Esse tipo de “costura” presente na extinta Medida Provisória visava dar uma garantia para o colaborador de que ele não sofrerá novas perseguições de ordem administrativa ou penal, uma vez tendo cumprido integralmente suas obrigações no acordo de leniência.

Em estudo de setembro de 2017¹⁰⁴ a 5ª Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal analisou a conveniência e o embasamento constitucional e legal para que o Ministério Público elabore acordos de leniência, a despeito de não haver esta previsão na Lei Anticorrupção.

O estudo aponta a importância de adoção de solução interinstitucional para que os acordos de leniência cheguem ao núcleo de ações ilícitas. Afirma a conveniência

¹⁰⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR**. Setembro de 2017. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

do estabelecimento de cooperação entre Ministério Público e os outros órgãos de controle e fiscalização da Administração Pública.

Aduz que embora haja fragmentação das atividades estatais de controle e fiscalização em vários órgãos, o ente estatal é um só e o acordo de leniência deve contemplar os interesses do colaborador e do ente estatal, considerado de forma ampla.

Lembra, comparativamente, que:

[...] o combate a organizações criminosas e o processo penal instrumentalizam atos que podem ser desdobramentos do instrumento negocial, como a ação controlada, a quebra de sigilos e a realização de buscas e apreensões, deflagradas a partir das informações da colaboração e, como medidas jurídicas, indisponíveis à atuação típica do sistema de controle e fiscalização em sede civil e administrativa.

E conclui pela conveniência da atribuição de competência ao Ministério Público para celebração de acordo de leniência:

Em tais contextos delitivos, resta claro que o Ministério Público, que atua qualificadamente em matéria criminal, por ser o titular exclusivo da persecução penal pública e dispor dos correlatos poderes requisitórios, deve ter atribuição negocial para acordos coligados ou conexos, que justificam a participação da pessoa jurídica nas tratativas e execução do acordado, através, portanto, de leniência, fundamentando a segurança jurídica e a base negocial.

Estas considerações fundamentam a atuação do Ministério Público em diversos acordos de leniência firmados no contexto da operação Lava Jato.

No Direito Penal vigem os princípios da fragmentariedade e do *ne bis in idem*. Sendo as penas as mais gravosas, se justifica a prejudicialidade da instância penal em relação às demais, em especial na vigência de acordo de colaboração, conforme aponta o estudo:

[...] na interdependente relação entre as diversas esferas de responsabilização jurídica, vige, como se sabe, a prejudicialidade da instância penal em relação às demais, já que mais gravosa e abrangente em sua capacidade de atuação. Outro fator que delinea o convívio das diversas instâncias de controle, dotando-as de racionalidade prática, inclusive, é a garantia do *ne bis in idem* na execução material de sanções aplicadas, quando idênticas ou francamente similares. E, assim como o direito penal é ativado quando valores e bens jurídicos em jogo são considerados relevantes o bastante para atrair grau de proteção mais caro à sociedade e que assegura punição mais gravosa, a ultima ratio, parece adequado reconhecer também que pode ocorrer, na aplicação de normas punitivas, espécie de efeitos preclusivos ou suspensão condicionada de mais ampla ação estatal, a partir da consideração de que há suficiência do apenamento consensualmente estabelecido, a dispensar a incidência concreta de outras penas correlatas, especialmente quando há colaboração voluntária

de infrator na apuração dos fatos, em resolução negociada de conflitos originados de ações delitivas.

Por outro lado, o mesmo estudo ressalta que no acordo de leniência com o Ministério Público em que haja algum ressarcimento de danos ao erário não deve haver impedimento para que haja cobrança da diferença para o valor integral do dano por outros órgãos de controle.

[...] por sua natureza, em contrapartida às finalidades precípua do instituto premial, a reparação dos danos ao erário não tem que fazer parte do objeto essencial de acordo de leniência, mas pode nele ser incluída, sobretudo para ser antecipada a restituição da parte incontroversa ou de parcela passível de liquidação adiantada. À pessoa jurídica colaboradora, por sua vez, na apuração completa e quitação cabal dos prejuízos decorrentes dos ilícitos transacionados, deve ser dado benefício de ordem - como melhor analisado mais adiante -, evitando-se cobrar antes dela que dos demais envolvidos, responsáveis solidários, sob pena de se lhe dispensar tratamento desproporcional e mais grave, em comparação ao daquele dos não-colaboradores.

O Tribunal de Contas da União (TCU), por exemplo, em situações de fiscalização de irregularidades em licitações e orçamentos de obras públicas tem uma capacitação específica que não está presente no Ministério Público.

Em relação aos danos financeiros ao erário o TCU não exige o colaborador de ressarcir integralmente, porém parcelando de acordo com a capacidade financeira do colaborador:

Todavia, com relação ao ressarcimento dos danos causados ao erário em função do ilícito, o TCU não eximiu o colaborador de ressarcir integralmente o prejuízo causado ao erário. Diferentemente da posição do Ministério Público, expressa no Estudo Técnico nº 01/2017 - 5ª CCR, o Tribunal defendeu o uso da sistemática **ability to pay** apenas para definir o grau de parcelamento da dívida. Nesse sentido, o pagamento seria integral, porém a quantidade de parcelas e, portanto, o valor de cada uma delas seriam fixados segundo a capacidade de pagamento do colaborador.¹⁰⁵

13. CONCLUSÃO

Os instrumentos da colaboração premiada e do acordo de leniência têm permitido, aos órgãos de persecução penal e de fiscalização e controle administrativo, identificar organizações

¹⁰⁵ ZYMLER, Benjamin. **Evolução do Processo de Contas: a Interconexão com o Processo Judicial a Partir da Lava Jato**. 2018. A publicar.

criminosas, cartéis, agentes e seus delitos bem como responsabilizá-los penal, administrativamente e civilmente. Como consequência, se obtém uma maior efetividade dos sistemas penal e de controle administrativo que acarreta efeito dissuasório em crimes e em infrações administrativas de maior gravidade para a sociedade além de recuperação expressiva, ainda que parcial, dos produtos e proveitos desses ilícitos.

De outro lado, para o colaborador esses instrumentos permitem uma negociação que amplia o seu direito de defesa e enseja significativa redução de pena ou sanção, além de possibilitar uma atitude positiva de parceria com a autoridade policial ou com o Ministério Público na identificação dos delitos e seus agentes.

Há o benefício de um sistema de justiça criminal e administrativa mais célere e eficiente tanto para o investigado como para a sociedade, atendendo os princípios constitucionais da razoável duração do processo, da segurança pública e da proteção de direitos fundamentais difusos como vida, saúde e educação.

Por fim, mas não menos importante, a colaboração premiada e o acordo de leniência têm sido um forte instrumento de combate à captura de significativa parcela do poder estatal, tanto no executivo como no legislativo, por organizações criminosas com fins de enriquecimento ilícito e perpetuação no poder público através de financiamentos de campanhas com verbas oriundas de atividades administrativas públicas realizadas de forma criminosa (em especial as de caráter econômico). O surgimento de um conjunto de leis penais de 1990 para os dias atuais que embutem a colaboração premiada têm permitido a quebra do paradigma de impunidade que antes imperava nessas organizações.

REFERÊNCIAS

- SANTOS, M. P. D. **Colaboração (delação) Premiada**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM. 2017.
- MOSSIN, H. A. ; MOSSIN, J. C. O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. 3ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2018.
- PEREIRA, F. V. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.
- FONSECA, C. B. G. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- CAMPOS, G. S. Q. **Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 11 – n. 38, p. 109-144, jan./jun., 2012.
- PEREIRA, J. B. **Direito Penal Premial: Breves apontamentos sobre Delação e Colaboração premiada**. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/41380/direito-penal-premial-breves-apontamentos-sobre-delacao-e-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 25 out. 2017.
- DEMERCIAN, P. H. **A Colaboração Premiada e a Lei das Organizações Criminosas**. Revista Jurídica ESMP-SP, V.9, p. 53-88, 2016.
- NOVO, B. N. **A importância do instituto da delação premiada**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10329/A-importancia-do-instituto-da-delacao-premiada>>. Acesso em: 26 out. 2017.
- COSTA, A. T. Acordo de leniência. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14475&revista_caderno=16>. Acesso em: 24 out 2017.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Maio/2016 (atualizado em Setembro de 2017). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf> . Acesso em: 24 out 2017.
- PINTO, R. B. **Aspectos éticos da delação premiada**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32730/aspectos-eticos-da-delacao-premiada>>. Acesso em: 25 out. 2017.
- PACELLI, E. **De delações, de premiações e outras perplexidades**. 30 de junho de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/de-delacoes-de-premiacoes-e-outras-perplexidades-30062017>>. Acesso em: 25 out. 2017.

KHALED Jr., S. H.; ROSA, A. M. **Testemunho e delação premiada: verdade, confiança e suspeita em questão.** 14 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/10/14/testemunho-e-delacao-premiada-verdade-confianca-e-suspeita-em-questao/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

LOPES Jr., A.; ROSA, A. M. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato.** 24 de julho de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 25 out. 2017.

LOPES Jr., A.; ROSA, A. M. **Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?** 03 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-03/limite-penal-qual-proposta-indecete-torna-viavel-delacao-premiada>>. Acesso em: 23 out. 2017.

LOPES Jr., A.; ROSA, A. M. **Delação premiada: com a faca, o queijo e o dinheiro nas mãos.** 25 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-25/limite-penal-delacao-premiada-faca-queijo-dinheiro-maos>>. Acesso em: 23 out. 2017.

LOBO, I. J. B. **Delação premiada: uma análise sobre a sua validade e eficácia no curso do processo penal.** Abril de 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48114/delacao-premiada-uma-analise-sobre-a-sua-validade-e-eficacia-no-curso-do-processo-penal>>. Acesso em: 23 out. 2017.

DIAS, P. R.; SILVA, E. R. **Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro.** 10 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-noordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 23 out. 2017.

CASTRO, F. **Sérgio Moro e professor da FGV-RJ divergem sobre delação premiada.** G1. 26 de maio de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/05/sergio-moro-e-professor-da-fgv-rj-divergem-sobre-delacao-premiada.html>>. Acesso em: 23 out. 2017.

CARVALHO, M. C. **Críticos da delação dizem que acordo virou 'buraco negro'.** Folha de S. Paulo. 27 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1917620-criticos-da-delacao-dizem-que-acordo-virou-buraco-negro.shtml>>. Acesso em: 23 out. 2017.

CARNEIRO, L. O. **STF pronto para julgar se PF pode fechar delação premiada.** 26 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/justica/stf-pronto-para-julgar-se-pf-pode-fechar-delacao-premiada-26102017>>. Acesso em: 27 out. 2017.

PEREIRA, J. R. G. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 167-206.

ÁVILA, H. **A Distinção Entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, ano 1, v.1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 out. 2017.

GUEDES, N. **A importância de Dworkin para a teoria dos princípios.** Revista Consultor Jurídico, 5 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso em: 27 out. 2017.

JÚDICE, M. P. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras.** Revista Consultor Jurídico, 2 de março de 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?imprimir=1>. Acesso em: 27 out. 2017.

BARRETO, M. L. et al. **Principais Diferenças da Teoria de Ronald Dworkin e Robert Alexy na Técnica de Ponderação.** Disponível em: <<http://direito7uerr.blogspot.com.br/2013/01/principiais-diferencas-da-teoria-de.html>>. Acesso em: 27 out. 2017.

SAPUCAIA, R. V. F. **A Teoria dos Princípios em Alexy e Dworkin.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 12, no 752. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2405>>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRESCIANI, E. **Jurista contratada por Temer reconhece jurisprudência do STF por legalidade de gravação.** O Globo, 06 de jul. de 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/jurista-contratada-por-temer-reconhece-jurisprudencia-do-stf-por-legalidade-de-gravacao-21561137>>. Acesso em: 27 out. 2017.

MATSUURA, L.; VASCONCELLOS, M. **"Com Executivo e Legislativo em crise, o Judiciário tomou conta de tudo".** Entrevista com Ada Pellegrini Grinover. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pellegrini-grinover-advogada-processualista>>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRITO, M. B. **Delação Premiada e decisão penal: da eficiência à integridade.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 204 p. ISBN 9788584352008.

FILIPETTO, R.; ROCHA, L. C. V. C. **Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório.** Belo Horizonte. D'Plácido, 2017, 210 p. ISBN 9788584254354.

BRASIL. Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 8137 de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 7492 de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 9080 de 19 de julho de 1995. **Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>, Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 9034 de 3 de maio de 1995. **Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 9269 de 2 de abril de 1996. **Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9269.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 9613 de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 9807 de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto DE 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. **Orçamento de 2015 é aprovado pelo Congresso.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2015/03/orcamento-de-2015-e-aprovado-pelo-congresso>>. Acesso em: 25 out. 2017.

LOPES, E.; AFFONSO, J. **Corrupção desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato.** Estadão. 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

RIVA, Carlo Ruga. **Il premio per la collaborazione processuale.** Milano: Giuffrè, 2002.

MILITELLO, Vincenzo. Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato. In: ARNOLD, Jörg; MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia (Org.). **Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna.** Freiburg Im Breisgau: Iuscrim, Max-Planck-Institut; Milano: Giuffrè, 2000. p. 3-62.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. In: _____. (a cura di). **Processo penale e criminalità organizzata.** Bari: Laterza, 1993.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. **La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales.** Madrid: Dykinson, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. **El debido proceso penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

HASSEMER, Winfried. Processo penal e direito fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda Palma (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais.** Coimbra, [s.n.], 2004. p. 15-25.

HASSEMER, Winfried. **Limites da intervenção penal em tempos de terrorismo.** Lusíada: direito. Lisboa, série II, n. 4/5, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

FLORA, Giovanni. **Il ravvedimento del concorrente.** Padova: Cedam, 1984.

FASSONE, Elvio. **Il processo penale e la valutazione dell'apporto probatorio del chiamante in correità.** In: NEUBURGER, L. de Cataldo (Coord.). Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale. Padova: Cedam, 1992.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

MEYER, Jon'a F. Plea Bargaining. **Encyclopædia Britannica**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining#ref338191>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

WIKIPEDIA. **Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act**.

Disponível em:

<https://en.wikipedia.org/wiki/Racketeer_Influenced_and_Corrupt_Organizations_Act#Hells_Angels_Motorcycle_Club>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

NOLO. **Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)**. Disponível em: <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/content/rico-act.html>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

DDTORRESABOGADOS. **Cálculo de las penas; pena inferior y superior en grado**.

Disponível em:

<<http://dtorresabogados.blogspot.com.br/2011/03/calculo-de-las-penas-pena-inferior-y.html>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 2017. 1082 p. Disponível em:

<http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

PORTUGAL. **CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS**. Publicado em 1886. Imprensa da Universidade. Coimbra. 1919. Disponível em: <

<http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1274.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

PORTUGAL. **CÓDIGO PENAL DE 1982**. 46ª versão. 2018. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=109&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

PORTUGAL. Lei n.º 52/2003. **LEI DE COMBATE AO TERRORISMO**. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=119&tabela=leis>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

ALEMANHA. **GERMAN CRIMINAL CODE**. Promulgado em 13 de Novembro de 1998.

Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

ALEMANHA. **STRAFGESETZBUCH**. 2017. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

ALEMANHA. **THE GERMAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE**. Publicado em 7 de Abril de 1987. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

ANWALT.DE. **The leniency program according to § 46b StGB - a short overview**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: Evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 100-101.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, LIVRO V, TÍTULO VI; **Do crime de lesa majestade**. Publicada em 1603. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1153.htm>> e <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1154.htm>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, LIVRO V, TÍTULO CXVI; **Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão**. Publicada em 1603. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1272.htm>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

CRIJNS, J.H.; DUBELAAR, M.J.; PITCHER, K.M. **Collaboration with Justice in the Netherlands, Germany, Italy and Canada**. Leiden University, 2017. Disponível em: <<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2018/05/01/tk-bijlage-1-collaboration-with-justice-in-the-netherlands-germany-italy-and-canada/tk-bijlage-1-collaboration-with-justice-in-the-netherlands-germany-italy-and-canada.pdf>> Acesso em: 22 de maio de 2018.

ORTIZ, J.C. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 3, n. 1, 2017, p. 54-55.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BRASIL. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. **CÓDIGO PENAL**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BRASIL. Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAIAS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **CÓDIGO PENAL**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

DUARTE, M. F. **Evolução histórica do Direito Penal**. Publicado em 08/1999. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal/2>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 369.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ**. Relator Ministro Dias Toffoli. Publicado em 27/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo, EDIPRO, 2.ed. 2014.

ADAMY, Pedor Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Tele Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/20863014/colisao-e-ponderacao---alexey> >. Acesso em: 23 de maio de 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

PULITANÒ, Domenico. **La giustizia penale alla prova del fuoco**. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, a. 40, nova série, fasc. 1, p. 3-41, genn/mar. 1997.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRAIS DE 1988**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

D'URSO, L. F. B. **A prisão em segunda instância nos tempos de "lava jato"**. Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opinioao-prisao-segunda-instancia-tempos-lava-jato>>. Acesso em: 2 de junho de 2018.

MIGALHAS. **Prisão em 2ª instância é tema polêmico com muitas idas e vindas**. 4 de abril de 2018. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI277678,31047-Prisao+em+2+instancia+e+tema+polemico+com+muitas+idas+e+vindas> >. Acesso em: 2 de junho de 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil possui ao menos 58 mil autoridades, de 40 cargos, com foro especial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 de abril de 2018.

Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/brasil-possui-ao-menos-58-mil-autoridades-de-40-cargos-com-foro-especial.shtml>>. Acesso em: 2 de junho de 2018.

MORAES, Igor. Foro privilegiado: entenda o que mudou após decisão do STF. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 de maio de 2018.

Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,foro-privilegiado-entenda-o-que-mudou-apos-decisao-do-stf,70002298660>>. Acesso em: 2 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf>>. Acesso em: 2 de junho de 2018.

29

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **A Lava Jato em números no Paraná**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **A Lava Jato em números - STF**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

WIKIPEDIA. **Lista de pessoas condenadas na Operação Lava Jato**.

Disponível em:

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_pessoas_condenadas_na_Opera%C3%A7%C3%A3o_Lava_Jato>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma condena deputado federal Nelson Meurer por corrupção passiva e lavagem de dinheiro**. Notícias STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=379905>>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. I, p. 302, n. 14.

BRASIL. Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. **Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10149.htm>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10149.htm>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR**. Setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de>>

trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. **Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

ZYMLER, Benjamin. **Evolução do Processo de Contas: a Interconexão com o Processo Judicial a Partir da Lava Jato.** 2018. A publicar.

LOPES, E.; AFFONSO, J. Corrupção desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato. **Estadão**, São Paulo, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

GOVERNO DO BRASIL. **Orçamento de 2015 é aprovado pelo Congresso.** Brasília, 18 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2015/03/orcamento-de-2015-e-aprovado-pelo-congresso>> Acesso em: 25 out. 2017.

FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America.** Stanford University Press, 2003.

ITALIA. LEGGE 29 maggio 1982, n. 304. **NORMATTIVA.** Disponível em: < <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1982-05-29;304>>. Acesso em: 13 de junho de 2018.

ITALIA. LEGGE 6 febbraio 1980, n. 15. **NORMATTIVA.** Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1980-02-06;15>>. Acesso em: 13 de junho de 2018.

BRASIL. Lei Nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19296.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

STF. 1ª Turma remete à primeira instância inquérito contra senador Blairo Maggi. **Notícias STF.** 12 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381226>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.