

A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)

Andrey Borges de Mendonça¹

1. Introdução

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 - criada em substituição à Lei 9034/1995 – passou a ser, atualmente, o diploma básico de enfrentamento ao crime organizado no Brasil. A nova legislação aperfeiçoou o sistema nacional, tanto no aspecto penal quanto processual. Criou, dentre outros, o tipo penal incriminando a organização criminosa, suprindo finalmente a lacuna do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, seguindo tendência internacional, disciplinou diversos meios de obtenção de provas,² consciente de que o fenômeno da criminalidade organizada, em razão de suas características, necessita de meios excepcionais de investigação, diante da insuficiência dos métodos tradicionais.³

Nessa linha, a colaboração premiada apresenta importância premente quando se enfrenta o crime organizado. Em razão de suas características - sobretudo, a lei do silêncio (*omertà*), imposta pela violência e a “cultura da supressão da prova” - os instrumentos tradicionais não dão respostas

1 Procurador da República. Mestre pela Universidade Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha, em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento. Mestrando pela Universidade de São Paulo em Processo Penal. Membro do Instituto ASF – Antonio Scarance Fernandes de Estudos Avançados. andreyborges@yahoo.com.br.

2 Os meios de prova não se confundem com os meios de obtenção de provas. Conforme leciona Antônio Magalhães Gomes Filho, “Os meios de prova referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz, com conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios *no processo*. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, *extraprocessuais*) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)”. Ainda segundo o mesmo autor, baseado nisso o Código de Processo Penal italiano de 1988 diferenciou os meios de prova e os meios de busca da prova (inspeções, busca e apreensões, interceptações telefônicas). Os meios de prova se caracterizam “por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis pelo juiz na decisão”, enquanto os meios de investigação não são por si só fontes de conhecimento. Ademais, Paolo Tonini afirma que os meios de busca da prova geralmente trazem surpresa, enquanto os meios de prova devem rigorosa obediência ao contraditório. Os meios de investigação, como a busca e apreensão, buscam não obter elementos de prova, mas sim fontes materiais de prova. Também são meios de investigação de prova as interceptações telefônicas, infiltração de agentes, interceptação ambiental. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 309/310.

3 DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33. Segundo este mesmo autor, as principais características do crime organizado (embora sejam variáveis no tempo e no espaço) são: a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) necessidade de “legalizar” o lucro obtido ilícitamente; d) alto poder de intimidação, pela prevalência da lei do silêncio (*omertà* das organizações mafiosas), com emprego de meios cruéis; e) conexões locais e internacionais e divisão de territórios para atuação; f) estrutura piramidal das organizações criminosas e sua relação com a comunidade; g) cultura de supressão das provas (ob. cit., p. 11/14 e 33).

eficazes⁴. Deve-se relembrar, ainda, que em determinados tipos de criminalidade não há testemunhas presenciais e as únicas pessoas que podem fornecer informações são os próprios envolvidos. Justamente por isto, a colaboração premiada surge como instrumento que permite o enfrentamento eficaz destas novas formas de criminalidade, visando permitir uma persecução penal eficiente e, sobretudo, melhorar a qualidade do material probatório produzido. Porém, tampouco se pode olvidar das garantias das partes envolvidas, seja o colaborador, sejam os atingidos pela colaboração.

Dentre os meios de obtenção de prova disciplinados pela Lei 12.850 está a colaboração premiada – chamada, por alguns, sem razão, de delação premiada.⁵ A nova Lei – decorrente do projeto de lei 150/06 do Senado, apresentado pela senadora Serys Slhessarenko, que, na Câmara transformou-se no projeto de lei 6578/09 -, em boa hora, veio disciplinar a colaboração premiada, sobretudo trazendo balizas mais seguras para a aplicação do instituto. Assim, foram previstas regras sobre a legitimidade para propor a colaboração, disciplinou-se a atuação dos envolvidos, os requisitos para a concessão do benefício, as garantias das partes, os direitos do colaborador e, sobretudo, o procedimento a ser aplicado. Resta claro que o legislador buscou o equilíbrio entre os interesses o investigado/imputado/condenado e os interesses da sociedade na persecução penal. Em poucas palavras, o equilíbrio entre eficiência e garantismo. Somente se pode falar em um processo penal eficiente quando, a par de assegurar uma eficiente persecução penal, sejam estabelecidas as devidas normas de garantia.⁶

Embora já houvesse a colaboração premiada antes da Lei 12.850/2013, o legislador, desde 1990, tratou do instituto apenas em seu aspecto material. Ou seja, previa benefícios - de maneira variada e sem maior uniformidade - àqueles que contribuíssem para a persecução penal. A prática judicial é que veio suprir as lacunas em relação ao procedimento, à legitimidade, garantia das partes, etc. Porém, sempre houve margem para críticas e dúvidas. A

4 SEIÇA, Alberto Medina de. *Legalidade da Prova e Reconhecimentos “Atípicos” em Processo Penal: Notas à Margem de Jurisprudência (Quase) Constante*. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1388.

5 Evitamos a expressão por dois motivos. Primeiro, porque não se trata necessariamente de delação, ou seja, declarações que venham a incriminar os comparsas. O instituto da colaboração processual é muito mais amplo e permite diversos tipos de colaboração, seja por meio de atividades preventivas quanto repressivas. Assim, a colaboração pode ser no encontro da vítima, a salvo. Segundo, porque o termo “delação” traz intrínseco uma carga de valoração negativa muito forte, indicando a prática de traição ou algo que não deveria ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Conforme será visto, não é essa a posição que adotamos.

6 FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-10.

nova legislação, seguindo tendência internacional no tratamento do tema, disciplinou o instituto de maneira pormenorizada, nos artigos 4º a 7º da Lei 12.850, não mais apenas no aspecto material (ou seja, concedendo benefícios), mas disciplinando todo o instituto. A análise destas inovações será o objeto primordial do presente artigo.

Antes de adentrarmos no estudo do tema, duas questões prévias devem ser analisadas: a definição do instituto e o âmbito de aplicação da colaboração premiada.⁷

2. Definição

Segundo Mario Sérgio Sobrinho, a colaboração premiada é o meio de prova pelo qual o investigado ou acusado, ao prestar suas declarações, coopera com a atividade investigativa, confessando crimes e indicando a atuação de terceiros envolvidos com a prática delitiva, de sorte a alterar o resultado das investigações em troca de benefícios processuais⁸. Na mesma linha, Márcio Barra Lima afirma que a colaboração premiada pode ser “definida como toda e qualquer espécie de colaboração com o Estado, no exercício da atividade de persecução penal, prestada por autor, coautor ou participe de um ou mais ilícitos penais, relativamente ao(s) próprio(s) crime(s) de que tenha tomado parte ou pertinente a outro(s) realizado(s) por terceiros, não necessariamente cometidos em concurso de pessoas, objetivando, em troca, benefícios penais estabelecidos em lei”⁹.

⁷ Embora o aspecto ético da colaboração premiada seja sempre questionado, não será objeto de análise do presente artigo. Parte-se do pressuposto de que a instituto é constitucional e de que não viola, sobretudo da forma como foi disciplinado, qualquer dispositivo ou garantia constitucional. Inclusive, essa conclusão é reforçada tanto no âmbito internacional quanto interno. No âmbito internacional, seja pelos Tratados internacionais que o Brasil faz parte e já internalizou (art. 26 da Convenção de Palermo – internalizada pelo Decreto 5015/2004 - e art. 37 da Convenção de Mérida – também com valor de lei ordinária em razão de sua internalização pelo Decreto 5687/2006), que estimulam a concessão de benefícios para o colaborador no marco de enfrentamento da criminalidade organizada, seja pela análise do direito comparado, que prevê, na maioria dos países, institutos semelhantes, a indicar que se trata de uma tendência internacional. Da mesma forma, no âmbito interno o STF já decidiu sobre a validade e constitucionalidade da colaboração premiada. Veja, nesse sentido: “Aliás, ninguém tem hoje, nem aqui nem alhures, dúvida sobre a legitimidade constitucional do instituto da delação premiada (...). E, entre nós, esta Corte não lhe tem negado validade como expediente útil de investigação” (Min. Cezar Peluso, Extradicação 1085, Tribunal Pleno, j. em 16.12.2009). Neste sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou: “Como a segurança pública não é só dever do Estado, mas é direito e responsabilidade de todos, situo, nesse contexto, como constitucional a lei que trata da delação premiada. O delator, no fundo, à luz da Constituição, é um colaborador da Justiça (Min. Carlos Ayres de Britto, STF, 1.ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008). O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a colaboração premiada é “um instrumento útil, eficaz, internacionalmente reconhecido, utilizado em países civilizados (...), conhecido esse instituto internacionalmente no direito comparado” (Min. Ricardo Lewandowski, STF, 1.ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008).

⁸ SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

⁹ LIMA, Márcio Barra, A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à

Assim, a colaboração premiada se situa dentro do marco de benefícios estatais concedidos àqueles que contribuem com a persecução penal, visando estimular o investigado/imputado ou condenado a colaborar com a persecução penal. Ademais, a nova legislação deixa claro que a colaboração pode ser tanto voltada para a prevenção quanto para a repressão de infrações penais, bem como a necessidade, conforme será visto, de haver um acordo escrito homologado pelo Juiz.

Portanto, a colaboração premiada pode ser definida como a eficaz atividade do investigado, imputado ou condenado de contribuição com a persecução penal, seja na prevenção ou na repressão de infrações penais graves, em troca de benefícios penais, segundo acordo formalizado por escrito entre as partes e homologado pelo juízo.

3. Âmbito de aplicação do benefício

Urge perquirir em qual infração penal a colaboração premiada pode ser aplicada. A colaboração premiada já foi prevista em diversas legislações, ao menos em seus aspectos materiais, desde 1990.¹⁰ Não parece haver dúvidas de que, para todos os crimes previstos na legislação, o procedimento previsto na nova legislação se aplica, analogicamente.

Não bastasse, a Lei 12850/2013 previu a possibilidade de utilização da colaboração premiada, ainda, como forma de enfrentamento do crime organizado. Urge, assim, delimitar o que se entende por crime organizado na nova legislação.

O conceito – que chamaremos de *próprio* - de organização criminosa está no art. 1º, §1º, da nova Lei¹¹, que estabelece basicamente o requisito estrutural (associação de 4 ou mais pessoas

atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

¹⁰ Assim, os benefícios penais são previstos em diversas leis. Inicialmente, teve sua previsão introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei 8.072/1990, em relação ao delito do art. 159 do CP (extorsão mediante sequestro), prevendo uma causa de diminuição de pena. Também uma causa de diminuição em razão da colaboração foi prevista no art. 25, §2º, da Lei 7492/1986 (incluído pela Lei 9080/1995) – que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional - e no art. 16 da Lei 8137/1990 - que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. Também a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) prevê a diminuição da pena em um sexto a dois terços em seu art. 41. Por sua vez, o art. 1º, §5º, da Lei 9.613/1998, que trata do crime de lavagem de capitais, alterada recentemente pela Lei 12.683/2012, permite a redução da pena, de um a dois terços, a permissão do cumprimento da pena em regime menos gravosos, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o perdão judicial. Por fim, a Lei 9.807/1999, que estabelece programas especiais de proteção às testemunhas e vítimas ameaçadas, trouxe disposições sobre a colaboração premiada, em seus arts. 13 e 14, aplicáveis a todos os delitos e que podem levar, inclusive, ao perdão judicial do agente, dependendo das condições pessoais do colaborador e da eficiência da colaboração.

¹¹ Art. § 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

estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente), finalístico (vantagem de qualquer natureza – desde que ilícita -, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos, ou que sejam de caráter transnacional) e temporal (que haja permanência e estabilidade – requisito implícito).¹²

Porém, a legislação, ao menos em seus aspectos processuais, não se limita apenas a este conceito. O art. 1º, §2º, traz aquilo que chamaremos *organização criminosa por equiparação*. Segundo este dispositivo, a lei também se aplica: (i) para os crimes transnacionais previstos em tratado internacional¹³; (ii) para as organizações terroristas, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, que pratiquem atos de suporte ao terrorismo, atos preparatórios ou de execução de atos terrorista em território nacional.¹⁴ Para estas situações equiparadas, segundo nos parece, mesmo que não preenchidos os requisitos do conceito de organização criminosa propriamente dita (requisitos estrutural, finalístico e temporal), previstos no art. 1º, §1º, será possível a aplicação dos meios de obtenção de prova previstos na nova legislação. Conforme leciona Vladimir Aras, parte-se do pressuposto de que nestes casos pode haver o envolvimento de uma organização criminosa.¹⁵ Na mesma linha, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto lecionam que são “hipóteses em que, apesar de ausente a característica da delinquência estruturada, geram o mesmo perigo, justificando a aplicabilidade por extensão dos importantes e excepcionais instrumentos de investigação detalhados na nova Lei (colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes e obtenção de provas)”¹⁶.

A primeira situação é a do crime transnacional – ou seja, cuja execução se inicia no território

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.

12 DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*, p. 24.

13 Segundo o art. 1º, §2º, inc. I: Esta Lei se aplica também: I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”

14 Segundo o art. 1º, §2º, inc. II: Esta Lei se aplica também: II- às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

15 ARAS, Vladimir. *A nova Lei do Crime Organizado*. Disponível em <http://blogdovladimir.wordpress.com/2013/10/26/a-nova-lei-do-crime-organizado/>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.

16 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 16.

nacional e o resultado devesse ocorrer no estrangeiro ou vice-versa – previsto em Tratado internacional firmado pelo Brasil. Assim, no exemplo dado por Vladimir Aras, uma pessoa presa na fronteira de cidade qualquer da fronteira do Brasil, flagrada pela Polícia trazendo armas de fogo do exterior, para comercialização no Brasil, sem autorização legal.¹⁷ Nesse caso, como há tratado internacional sobre a matéria, seria possível aplicar os mecanismos especiais de investigação, como a colaboração premiada e a infiltração de agentes, mesmo que não presentes os requisitos do art. 1º, §1º.

A segunda hipótese de equiparação é a da organização terrorista. A legislação interna se remete às normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, para recepcionar internamente aquelas organizações terroristas reconhecidas no âmbito internacional.¹⁸ O que o legislador buscou foi permitir que se apliquem os meios de obtenção de provas previstos na nova legislação para tais organizações terroristas identificadas em território nacional e que estejam planejando praticar aqui atos terroristas.

A dificuldade maior é que atualmente se entende, de maneira majoritária – embora haja posicionamentos em contrário - que não há tipificação do crime de terrorismo no ordenamento jurídico nacional, pois o art. 20 da Lei de Segurança Nacional¹⁹ não define o que são “atos de terrorismo”, violando o princípio da legalidade, sobretudo da necessidade de descrição dos comportamentos incriminadores.

De qualquer sorte, a par das hipóteses previstas expressamente para utilização da colaboração premiada, a jurisprudência já asseverou que, com base na Lei 9807, a colaboração premiada é possível de ser aplicada para qualquer tipo penal. Neste sentido já decidiu o STJ.²⁰ Porém, deve-se ter cautela

17 ARAS, Vladimir. *A nova Lei do Crime Organizado*.

18 Conforme bem lembra Vladimir Aras, poder-se-á valer da lista de organizações terroristas indicados pela ONU (http://www.un.org/sc/committees/1267/aq_sanctions_list.shtml). Segundo lembra o mesmo autor, os Decretos 8.006/2013 e 8.014/2013 fazem valer, respectivamente, a Resolução 2082 (2012) e a Resolução 2083 (2012) do Conselho de Segurança da ONU, impondo sanções às organizações terroristas Talibã e à Al-Qaeda (ARAS, Vladimir. *A nova Lei do Crime Organizado*).

19 Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou **atos de terrorismo**, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

20 Veja a seguinte decisão: “PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR HABEAS CORPUS. DELAÇÃO PREMIADA. EFETIVA COLABORAÇÃO DO CORRÉU NA APURAÇÃO DA VERDADE REAL. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. (...) 2. O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício. 3. A delação premiada, a depender das condicionantes estabelecidas na norma, assume a natureza jurídica de perdão judicial, implicando a extinção da punibilidade, ou

para não banalizar o instituto, utilizando meios de obtenção de prova para infrações sem gravidade, o que poderia afrontar o princípio da proporcionalidade. Segundo o Ministro Gilson Dipp já afirmou: “Acordo de delação premiada é para crimes graves, não só do corréu colaborador como daquele corréu delatado, porque acordo de delação premiada não foi feito para furto de galinha, não pode ser banalizado (...)”²¹.

4. Momento

A nova legislação indicou que é possível a colaboração processual em qualquer fase da persecução penal e até mesmo após o trânsito em julgado, já na fase da execução da pena. Há, assim, a colaboração *pré-processual* (anterior ao oferecimento da denúncia e chamada por alguns de *inicial*), *processual* (ocorrida entre o recebimento da denúncia e o trânsito em julgado e chamada de *intercorrente* por alguns) e *pós-processual* (após o trânsito em julgado, também chamada de *tardia*). Portanto, segundo o novo legislador, mais importante do que o momento é a efetiva contribuição para a persecução de infrações penais graves.

Veremos que a colaboração em cada um dos momentos possui características próprias que indicam a necessidade de seu estudo separado.

5. Requisitos para a colaboração

A legislação estabelece três requisitos para a colaboração premiada: (i) voluntariedade; (ii) eficácia da colaboração; (iii) circunstâncias subjetivas e objetivas favoráveis. Vejamos separadamente.

5.1. Voluntariedade

de causa de diminuição de pena (...)”. (HC 97509/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010) Veja, ainda: “RECURSO ESPECIAL DO SEGUNDO RECORRENTE (CRISTIANO). (...) VIOLAÇÃO AOS ARTS. 13 E 14 DA LEI 9.807/99. OCORRÊNCIA. BENEFÍCIOS DA DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO PELO TIPO DE DELITO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (...) 2. A Lei 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), que trata da delação premiada, não traz qualquer restrição relativa à sua aplicação apenas a determinados delitos. 3. Recurso especial a que se dá parcial provimento, para determinar o retorno dos autos à origem, para que seja analisado o preenchimento dos requisitos legais para aplicação dos benefícios da delação premiada”. (STJ, REsp 1109485/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012)

21 Voto proferido no bojo do HC 59115/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 281.

A voluntariedade da colaboração (art. 4º, caput) indica que a colaboração, embora não precise ser espontânea (ou seja, pode decorrer de orientação do advogado ou de proposta do MP), não pode ser fruto de coação, seja física ou psíquica, ou de promessa de vantagens ilegais não previstas no acordo. O legislador toma, nesse sentido, diversas precauções e cautelas para garantir a voluntariedade. Assim, exige-se que em todos os atos de negociação, confirmação e execução, o colaborador esteja acompanhado e assistido pelo advogado (art. 4º, §15º). É a chamada “dupla garantia”, de que fala Antonio Scarance Fernandes, indicando a necessidade de que haja consenso do colaborador e do advogado,²² sobretudo para que o colaborador tenha consciência das implicações penais, processuais e pessoais do ato de colaboração.

Ademais, a voluntariedade é assegurada pelo controle judicial, ao realizar a análise sobre a homologação de eventual acordo. Nesse sentido, o art. 4º, §7º, estabelece que o magistrado irá verificar a regularidade, legalidade e *voluntariedade* do acordo, podendo para confirmar este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. Assim, o juiz poderá ouvir o colaborador, visando apurar se há voluntariedade ou não no ato. Voltaremos ao tema quando tratarmos da homologação.

Ademais, ainda para assegurar a voluntariedade da colaboração, o legislador estabelece que o acordo seja feito por escrito e assinado por todos os envolvidos, contendo expressamente “declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor” (art. 6º, inc. III).

Por fim, também visando assegurar a voluntariedade, o legislador indica a preferência pelo registro dos atos de colaboração pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual (art. 4º, §13º).

5.2.Eficácia da colaboração

É essencial a eficácia da colaboração premiada, ou seja, que auxilie realmente a alcançar os objetivos previstos na lei.

Assim, para que seja possível aplicar qualquer dos benefícios, o legislador impõe que a colaboração alcance 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

22 FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 283.

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 (art. 4º, caput). A lei é clara ao estabelecer que se contenta com apenas um dos requisitos. Interessante anotar que o legislador indica uma escala crescente de importância da colaboração, do inciso I ao V, a apontar, ao menos em uma primeira análise, que o benefício concedido ao colaborador deve ser também crescente nessa direção. Da mesma forma, a obtenção de pluralidade de resultados deve ser considerado na análise do benefício a ser concedido.

Assim, enquanto no inciso I o agente apenas identifica os demais coautores, no inciso II revela toda a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas. É o chamado “agente revelador”.²³ No inciso III o legislador demonstra que a contribuição do agente pode ser na prevenção de infrações penais, o que certamente é muito relevante. É a chamada “colaboração preventiva”. Nesse caso irão atuar proativamente e não de maneira histórica.

No inciso IV, o legislador demonstra, seguindo a tendência internacional, a relevância em asfixiar o patrimônio da organização criminosa. É a hipótese de “colaboração para localização e recuperação de ativos”, prevista no art. 26, §1º, b, da Convenção de Palermo.²⁴ Hoje ninguém duvida de que para a persecução penal eficiente de organizações criminosas é essencial a identificação e perdimento dos bens e valores da organização, para impedir que ela continue a atuar, retroalimentando-se. Tanto assim que a tendência nos países europeus é criar mecanismos que facilitem o perdimento dos bens que são produto ou proveito das infrações penais das organizações criminosas, inclusive pela previsão de presunções legais. Por fim, o inc. V se preocupa com a vida e integridade física da vítima, certamente valor maior a ser protegido pelo ordenamento jurídico. É a chamada “colaboração para libertação”.²⁵

Assim, reiteramos que o legislador apresenta uma margem crescente de importância da contribuição do colaborador, que deve ser considerada, ao menos em princípio, na análise dos benefícios a serem propostas a ele.

Ao estabelecer a eficácia da colaboração, verifica-se que não basta a boa vontade do agente em contribuir, sendo a colaboração uma “obrigação de resultado”, por assim dizer, de sorte que somente

23 ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org). *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 415

24 ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação, p. 415

25 ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação, p. 415

se os resultados efetivamente forem atingidos é que o colaborador poderá ser beneficiado com os prêmios legais.²⁶ Embora as circunstâncias pessoais sejam importantes na consideração do benefício a ser aplicado, conforme consta do art. 4º, §1º, a eficácia da colaboração – ou seja, que os resultados sejam efetivamente alcançados – é condição *sine qua non* para a concessão do benefício. Se as informações prestadas foram superficiais, não fornecendo à investigação subsídios que levassem à incriminação de outros agentes ou ao alcance de resultados positivos para a persecução penal, não cabe a aplicação do benefício, conforme decidiu o TRF da 4ª Região²⁷.

Ademais, não basta a mera confissão para caracterizar a colaboração premiada. Embora esta pressuponha, em regra, a confissão, vai além, pois exige a efetiva colaboração para alcançar um dos resultados previstos no art. 4º.²⁸

Interessante questão é se a colaboração pode se referir a outros fatos, que não o objeto da investigação. Assim, por exemplo, no caso de um doleiro estar sendo investigado ou processado por crime contra o sistema financeiro e resolvesse colaborar com investigações distintas, incriminando agentes por corrupção e lavagem de capitais. Seria possível a colaboração? Parece-nos que não há vedação. O que é relevante para a colaboração premiada é a eficácia da contribuição para a persecução penal, atingindo um dos fins do art. 4º, seja em relação a fato próprio ou alheio. A possibilidade de colaboração na fase da execução reforça essa tese, pois após o trânsito em julgado, em geral, a

26 Eduardo Araújo da Silva distingue corretamente efetividade de eficácia nos seguintes termos: “Não há que se confundir, pois, efetividade das declarações prestadas com a sua eficácia: é possível que o colaborador preste auxílio efetivo às autoridades, esclarecendo os fatos de seu conhecimento, atendendo a todas as notificações e participando das diligências necessárias para a apuração do crime, sem que, contudo, tal empenho possibilite os resultados exigidos pelo legislador”. DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*, p. 58. O autor coloca a efetividade da colaboração como um dos requisitos da colaboração, ao lado da eficácia. Segundo nos parece, a efetividade da colaboração está implícita na sua eficácia da colaboração e nas circunstâncias subjetivas favoráveis.

27 TRF da 4ª Região, ACR n. 2007.70.05.003026-4/PR, Relator Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, 8ª Turma, unânime, julgado em 28/05/2008, publicado no DE em 04/06/2008.

28 Se o réu apenas confessa fatos já conhecidos, reforçando as provas então existentes, poderá incidir a atenuante da confissão (art. 65, inciso I, alínea "d", do CP), desde que reconheça que praticou o fato delituoso. Veja, sobre o tema, especialmente a distinção entre colaboração premiada e confissão, as seguintes decisões: Constatando-se que, embora tenha o paciente admitido a prática do crime a ele imputado, não houve efetiva colaboração com a investigação policial e o processo criminal, tampouco fornecimento de informações eficazes para a descoberta da trama delituosa, não há como reconhecer o benefício da delação premiada. (...) 3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada. (STJ, HC 174.286/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 25/04/2012). No mesmo sentido, ver as seguintes decisões: STJ, HC 90.962/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 22/06/2011; STJ STJ, REsp 1102736/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 29/03/2010; STJ, HC 92.922/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 25/02/2008, DJe 10/03/2008.

colaboração ocorrerá em relação a fatos de terceiros, em razão da vedação da revisão criminal *pro societatis*.

5.3. Circunstâncias subjetivas e objetivas favoráveis.

Por fim, o art.4º, § 1º, estabelece que ao ser analisada a realização de um acordo de colaboração e a concessão do benefício, o operador deve considerar, em qualquer caso, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, além da eficácia da contribuição (já analisada).

O legislador indica que devem ser analisadas as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto para verificar se é ou não cabível a colaboração. Veja, portanto, que não se trata de direito subjetivo do investigado/imputado/condenado realizar o acordo e receber os benefícios. O membro do MP e o Delegado de Polícia devem verificar a adequação da colaboração àquele caso concreto, à luz da estratégia investigativa e da persecução penal, sem olvidar a própria repercussão social do fato criminoso e sua gravidade. Conforme consta do Manual do ENCCLA sobre colaboração premiada, a “autoridade policial e o Ministério Público não são obrigados a propor ou aceitar a oferta de colaboração quando julgarem, pela circunstância do caso, que ela não é necessária”.²⁹

Mas não é só: as circunstâncias pessoais do agente também são importantes. Embora não se exija a primariedade do agente ou que tenha bons antecedentes, conforme bem lembram Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho³⁰, é necessário que o colaborador demonstre interesse em efetivamente colaborar com as autoridades, não ocultando das autoridades sua participação ou qualquer outro fato que seja de interesse da investigação. Assim, pressuposto da colaboração é que o agente realmente faça o *disclosure* de todos os elementos que possua, sem omissões ou reservas mentais em relação aos colaboradores. Do contrário, caracterizado que o colaborador está mentindo ou omitindo, não será cabível a colaboração e, ainda, poderá ser caso de sua rescisão.

²⁹ Manual Colaboração Premiada. ENCCLA 2013. Versão de 24-09-2013. Aprovado pela Ação nº 9.

³⁰ Ob. cit., p. 47. Os autores entendem que o art. 4º, §1º não exige a primariedade do agente ou que tenha bons antecedentes, pelos seguintes motivos: poderia frustrar boa parte dos acordos concretos, pois os envolvidos nesse tipo de criminalidade em geral não são primários. Ademais, diversamente do que ocorreu em outras leis, em que se exigiu a primariedade, como no caso do art. 13, caput, da Lei 9807/99, a lei não o fez. Por fim, no projeto inicial apresentado (PL 150/2006) exigia-se a primariedade, o que acabou não prevalecendo na nova lei.

6. Procedimento

A maior inovação da nova lei no tocante à colaboração foi estabelecer o procedimento e melhor delimitar as funções das partes no procedimento. Ao estabelecer um procedimento claro, o legislador diminui a insegurança no tocante à colaboração, melhor disciplina os direitos e garantias dos envolvidos, inclusive daqueles atingidos pela colaboração, e, assim, melhor assegura os direitos fundamentais em jogo, dentro da ideia de conexão entre direitos fundamentais, organização e procedimento. Em outras palavras, conforme leciona Scarance Fernandes, com base nas ideias desenvolvidas por Alexy, o procedimento aumenta a probabilidade de um resultado conforme o direito fundamental. Embora a sua observância não signifique, por si só, a correção do resultado, constitui apenas, se legítimo o procedimento, o melhor meio de obtê-lo.³¹

Conforme visto, a colaboração pode ser antes, durante ou após o processo. Na presente análise, utilizaremos como parâmetro a colaboração feita antes do oferecimento da denúncia, fazendo apenas as considerações especiais em relação às demais situações.

6.1. Atos de negociação. “Regras de ouro”

Os atos de negociação incluem todos os contatos e tratativas, desde o contato inicial até a formalização do acordo.

Desde logo, urge que três regras fundamentais estejam sempre presentes na mente do operador: a) sempre ter cautela ao realizar a colaboração; b) a necessidade de corroboração da colaboração (a regra da corroboração); c) necessidade de fazer acordos com baixos integrantes da organização criminosa para incriminar seus líderes. Vejamos separadamente.

A primeira regra essencial nesse tema é ter sempre cautela ao realizar a colaboração. Não se pode esquecer que se está lidando com uma pessoa que já praticou um ou mais delitos e está interessada em obter benefícios legais. Como já se afirmou, nesse tema “estar precavido é estar preparado”³². Assim, é imprescindível agir com cuidado e cautela.³³ Porém, ao mesmo tempo em que deve estar precavido,

31 FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, p. 38/39.

32 TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*. Tradução Sérgio Fernando Moro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abril-jun. 2007, p. 74.

33 TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*, p. 75/77. Para tanto, algumas advertências trazidas pelo Juiz americano Stephen Trott aos operadores, ao realizar um acordo de colaboração: - você deve estar no controle do colaborador – ele deve precisar de você e não o contrário - e deve

não se deve desconsiderar sistematicamente suas afirmações. Como afirmava Giovane Falconi, juiz responsável pela Operação “Mãos Limpas” na Itália: “Por experiência, estou convencido de que o único comportamento eficaz e justo em relação aos *arrepentidos* é, sem dúvida, verificar atentamente seus propósitos, mas sem depreciar sistematicamente suas afirmações”³⁴.

Outra regra essencial é a necessidade da corroboração. Como será visto mais à frente, as declarações do colaborador precisam ser reforçadas por outros meios de prova para levar à condenação. Sozinho, as declarações do colaborador não levarão a lugar nenhum. Veja, nesse sentido, o quanto dispõe o art. 4º, § 16: nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Por fim, a terceira *regra de ouro* deve ser: “faça acordo com ‘peixes pequenos’ para pegar ‘peixes grandes’”. Isso é moral e juridicamente mais justificável³⁵. Assim, o acordo não deve ser realizado com o líder da organização criminosa para incriminar os subordinados. Ao contrário, como lembra Sérgio Moro, o benefício da colaboração deve ser concedido apenas àqueles acusados de pequena ou média importância para atingir os líderes da organização, em um verdadeiro efeito dominó. Segundo o referido Juiz Federal, “o método deve ser empregado para permitir a escalada da investigação e da persecução na hierarquia da atividade criminosa. Faz-se um acordo com um criminoso pequeno para obter prova contra o grande criminoso ou com um grande criminoso para lograr prova contra vários outros grandes criminosos (...)”³⁶. Realmente, não teria sentido conceder o perdão para o líder da quadrilha, permitindo que os executores sejam presos. Isto vem, de certa forma, reconhecido no art. 4º, §4º, da nova Lei.

6.2. Legitimidade para a propositura

O art. 4, §6º, estabelece que as negociações para a realização do acordo de colaboração podem ser feitas pelo Delegado e pelo membro do Ministério Público, com o investigado e seu defensor. Segundo a Lei, caso o acordo tenha sido feito pelo Delegado, deve haver manifestação do Ministério

recusar qualquer pedido não apropriado; - converse com colegas mais experientes sobre o caso, sobretudo de instâncias superiores; - não compartilhe informações com o informante que você compartilharia com amigo ou colega. Não diga nada ao informante que não gostaria de ver publicado nos jornais; - tenha sempre presente que está sendo gravado; - informante não é seu amigo. Mantenha, portanto, saudável distância. *Ibidem*.

34 FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcello. *Cosa Nostra. O juiz e os “Homens de Honra”*. Tradução: Maria D. Leite. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 1993, p. 48/49.

35 TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*, p. 74.

36 *Crime de Lavagem de Dinheiro*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111/112.

Público.

Embora a Lei tenha feito menção à possibilidade de o Delegado de Polícia realizar a colaboração, esta somente deve ser admitida se com a participação ativa do membro do Ministério Público. Como titular exclusivo da ação penal pública, por decorrência constitucional (art. 129, I, da CF), não pode ser aceito um acordo feito pela Polícia sem a participação ativa do MP. A vinculação do MP pelo acordo do Delegado seria, por vias transversas, a Autoridade Policial vincular o exercício das funções acusatórias em juízo, conforme lembra Eduardo Araújo da Silva.³⁷ Assim, não nos parece possível a homologação de acordo que não tenha a efetiva participação do membro do MP ou, ao menos, a sua concordância. Nada impede que o MP ratifique o acordo feito, devendo ter cautela apenas em verificar a voluntariedade do agente. Porém, caso o Delegado realize acordo e o membro do MP manifeste-se em contrário, somente caberá ao juiz, caso concorde com o Delegado, aplicar o art. 28 do CPP. Não poderá homologá-lo nesse caso.

De qualquer sorte, mais importante é que haja atuação conjunta do Ministério Público e da Polícia. Contra o crime *organizado*, somente uma atuação coordenada e pautada pelo interesse comum da persecução penal é que interessa à sociedade, acima de disputas corporativas. Portanto, recomenda-se que o Delegado, ao ter notícia da possibilidade de colaboração premiada, que entre em contato com o membro do MP responsável para que haja participação ativa na colaboração.

A nova Lei deixa bastante clara, ainda, a impossibilidade de o juiz participar dos atos de negociação. O art. 4º, §6º, é expresso ao asseverar: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração”. Busca-se, assim, que o magistrado preserve sua imparcialidade, não se vinculando às tratativas, até mesmo para que possa exercer um melhor controle no momento da homologação do ato.

6.3. Tratativas. Pré-acordo.

Durante as tratativas, sempre há a dificuldade de como chegar a um acordo. O membro do MP já deve se comprometer com o acordo, antes de saber o que o investigado sabe? E se o colaborador se auto incriminar e depois o acordo não se concretizar, não poderá se prejudicar? A dificuldade é que o Promotor/Delegado, para decidir se deve realizar o acordo, terá que saber necessariamente o que o

³⁷ DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*, p. 59/60. Para o autor, é inconstitucional a proposta por Delegado de polícia, à luz da titularidade exclusiva da ação penal conferida ao MP, pois não pode a Autoridade dispor de atividade que não lhe pertence, vinculando o entendimento do órgão responsável pela acusação.

colaborador poderá contribuir e quais documentos/provas possui, antes mesmo de se comprometer a firmar o acordo. O investigado, por sua vez, pode ficar inseguro de ser prejudicado pela sua própria confissão e pela indicação de provas sem que venha a ser formalizado o acordo. O que fazer? Quem deve dar o primeiro passo?

Inicialmente, a questão passa pela necessidade do estabelecimento de confiança entre o membro do MP e o colaborador (sempre com cautela!). Mas, a par disso, a solução para esse aparente dilema é simples: peça uma amostra e prometa ao colaborador que aquilo que ele disser não será utilizado em seu prejuízo³⁸.

Para tanto pode ser firmado um pré-acordo, indicando que as provas produzidas antes da concretização do acordo não poderão ser usadas, o que deve ser respeitado. Assim, para que o réu/investigado colaborador não fique em situação desconfortável, enquanto o acordo não for formalizado, o membro do MP não deve utilizar, em hipótese alguma, os elementos e provas apresentados nestas reuniões preliminares pelo colaborador em seu desfavor. Nos EUA são chamadas *proffer session*, também denominadas “queen for a day”. E caso o acordo não se concretize ao final, deve-se desconsiderar todas as informações apresentadas pelo colaborador durante as tratativas. Do contrário, haveria afronta ao dever de lealdade, que deve pautar a atuação do membro do MP³⁹. Assim, somente após a realização do acordo definitivo (por escrito e homologado) é que o membro estará autorizado a utilizar das provas e elementos apresentados pelo colaborador.

Parece ser esta a ideia que orientou o legislador a prever, no artigo 4º, §10, a seguinte regra: “As partes podem retratar-se da *proposta*, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”. Veja que, ao contrário de outras passagens, aqui o legislador utiliza não a palavra “acordo” (como o faz no artigo 4º, §6º, §7º, §9º, §11 e artigo 6º, artigo 7º, caput e §3º), mas sim à palavra “proposta”.

Assim, havendo ou não o pré-acordo, ocorrendo retratação da proposta – por qualquer motivo – as provas apresentadas pelo colaborador não poderão ser utilizadas em desfavor do investigado. O que significa a expressão “exclusivamente em seu desfavor”? Segundo nos parece, embora a lei não tenha sido clara, significa que aquelas provas apresentadas pelo colaborador não poderão ser utilizadas pela acusação em face dele, para prejudicá-lo, sob pena de ilicitude, em decorrência da violação ao

38 TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*, p. 78.

39 Neste sentido, a regra 410 do *Federal Rules of Evidence* dos EUA assevera que não podem ser utilizados contra o acusado elementos ou declarações apresentados durante as discussões de um acordo (item a, 4).

princípio do *nemo tenetur se detegere*, conforme bem lembra Vladimir Aras.⁴⁰⁻⁴¹ Porém, nada impede que o investigado utilize aquelas provas apresentadas para se defender em juízo das acusações formuladas contra ele, razão pela qual o legislador utiliza a expressão “exclusivamente em seu favor”. Ou seja, não haverá ilicitude ou proibição de utilização da prova por parte do colaborador. Porém, poderia o MP utilizar as provas apresentadas em desfavor de outros agentes, que foram incriminados durante as tratativas? Não nos parece que seja possível. Se não houve um acordo efetivo, homologado pelo juiz, é como se aquelas provas não tivessem nunca chegado ao conhecimento do MP. Essa situação é diferente, porém, quando há um acordo homologado e esse é rescindido pelo acusado, em razão do descumprimento do acordo homologado. Nessa hipótese (rescisão), não há nenhum óbice a que as provas sejam utilizadas em desfavor do acusado ou de terceiros incriminados.

6.4. Formalização do acordo

Chegado a um acordo, as partes devem formalizá-lo por escrito, nos termos do art. 4º, §7º, e no art. 6º. Adotou-se a prática, desenvolvida inicialmente na Força Tarefa do caso Banestado e inspirada no direito norte-americano, de se realizar um verdadeiro “contrato”, com cláusulas contratuais entre as partes.⁴² Há basicamente quatro vantagens do acordo escrito: (i) traz maior segurança para os envolvidos; (ii) estabelece com maior clareza os limites do acordo; (iii) permite o consentimento informado do imputado, assegurando a voluntariedade; (iv) dá maior transparência e permitir o controle não apenas pelos acusados atingidos, mas do magistrado, dos órgãos superiores e pela própria população em geral. Assim, o acordo escrito traz maior eficiência para a investigação, ao tempo que melhor assegura os interesses do colaborador e dos imputados.⁴³

40 ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação, p. 432.

41 Em sentido diverso, ao tratar do art. 4º, §10, e da expressão “exclusivamente em seu desfavor”, Eduardo Araújo da Silva leciona : “Pretendeu o legislador, ao que parece, impedir que o colaborador, após renunciar ao acordo, seja condenado com base tão somente em suas declarações, o que se mostra compatível com os termos do art. 200 do Código de Processo Penal. Contudo, as demais provas colhidas validamente, derivadas da colaboração, poderão ser regularmente introduzidas no processo e valoradas quando da sentença” (DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*, p. 67).

42 Quando surgiu o primeiro caso de acordo de Colaboração, por orientação do então Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles passou-se, na Força Tarefa Banestado, a redigir por escrito os termos dos acordos de colaboração. A primeira vez que foi utilizado esse sistema de acordos escritos e clausulados, conforme lembra Vladimir Aras, ocorreu em 2004, no âmbito da ação penal 2003.70.00.056661-8, proposta em face do doleiro Alberto Youssef. O acordo foi elaborado pelos Procuradores da República Carlos Fernando dos Santos e Vladimir Aras, representando o MPF, tendo sido firmado pelo réu e por seu defensor, o advogado Antônio Augusto Figueiredo Basto, sendo homologado pelo juiz Sérgio Fernando Moro, da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba (ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação, p. 431)

43 O Desembargador Federal Néfi Cordeiro, na Correição Parcial 200904000350464, NÉFI CORDEIRO, TRF4

6.4.1. Conteúdo do acordo

O artigo 6º dispõe: “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”.

O legislador não apenas impõe que o acordo seja feito por escrito, mas também estipula um conteúdo *mínimo* a ser tratado. Assim, acordos orais não podem mais ser considerados como forma de acordos de colaboração.

O inc. I do art. 6º tem em mira a eficácia da colaboração. Como ainda não foi executada a colaboração, as partes constarão qual será a forma de colaboração e os possíveis resultados esperados. Ademais, segundo o inc. II, no acordo deve constar a proposta ofertada pelo Ministério Público ou do Delegado de Polícia e suas condições. Não restou claro como deve ser esta proposta, ou seja, se *genérica* (por exemplo, apontando os benefícios previstos em lei ou, ainda, apenas a previsão de uma causa de diminuição de 1/3 a 2/3) ou se deve ser *específica e concreta* (indicando que o MP propõe uma causa de diminuição de 1/3 em caso de os resultados serem atingidos). Nada obstante posições em sentido contrário⁴⁴, parece-nos que não haveria sentido em haver propostas genéricas e sem concretude. O que o legislador busca é dar segurança para as partes, de sorte que deve constar, clara e

- SÉTIMA TURMA, D.E. 11/11/2009, antes da nova Lei, asseverou a importância da realização dos acordos por escritos, ao afirmar que trazem mais segurança para o colaborador e, conseqüentemente, mais eficácia para a persecução penal. Veja: “Em qualquer caso os resultados de colaboração têm-se mostrado mais amplos e úteis quando sente-se o delator seguro do que foi acordado, das condições estabelecidas, de suas obrigações, dos resultados esperados e necessários para validade do acordo e da concordância dos agentes estatais quanto a esse acordo. Assim é que mais eficaz e segura é a elaboração de termos de acordo envolvendo o Ministério Público, o delator com seu advogado e, nos limites antes expostos, também o juiz da causa, que homologará o acordo quando dele não diretamente participar. (...) Sendo realizado acordo prévio, porém, na forma crescentemente admitida, deverá ele ser formalizado (detalhando as obrigações do delator, condições para o recebimento do favor e limites de favorecimento pela colaboração) com a intervenção do agente ministerial e do delator, com seu advogado, e atuado em procedimento separado, com sigilo parcial ou total (em fase inicial investigatória onde sua revelação possa prejudicar diligências em andamento), e final reunião à ação penal no limite que envolva os fatos perseguidos”.

44 No Manual da ENCCLA sobre Colaboração Premiada consta “Importante ressaltar que não deve o magistrado homologar propostas que tragam preestabelecido o quanto de redução de pena. De um lado, porque não incumbindo ao Ministério Público ou ao delegado de polícia proferir sentença, não podem prometer algo que não podem cumprir; de outro porque, acaso tal cláusula fosse homologada nesse momento, tal proceder implicaria duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação e b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena” (ob. cit., p. 8)

concretamente, qual a proposta feita pelo MP ou Delegado. Trataremos dos benefícios passíveis de serem propostos no próximo tópico.

O inc. III se preocupa com a voluntariedade do acordo, assegurando a dupla garantia, ou seja, que haja aceitação pelo colaborador e seu defensor. Em caso de discordância de qualquer um deles, não nos parece que o acordo possa ser realizado.

Exige-se, ainda, assinatura de todos os envolvidos, conforme inc. IV, para assegurar a autenticidade do acordo e, ainda, a sua voluntariedade.

Por fim, o inc. V prevê que poderá, quando necessário, haver especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, nos termos da Lei 9807/99.

Conforme dito, estas cláusulas são um *mínimo* exigido pelo legislador. Nada impede – ao contrário, é de cautela que ocorra – que outras cláusulas sejam estabelecidas para antever eventuais problemas, sobretudo à luz do caso concreto. Assim, por exemplo, importante o estabelecimento de cláusulas que preveem a rescisão do contrato pelas duas partes, com as suas consequências, bem como a limitação temporal do acordo.

6.4.2. Benefícios previstos

A lei estipula quais são os benefícios legais passíveis de serem propostos. Na fase de investigação, é possível: a) causa de diminuição de pena até 2/3; b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; c) perdão judicial; d) imunidade (sobre o qual falaremos em tópico próprio). Sobre esse ponto, três questões importantes. Primeiro, é necessário que haja bastante responsabilidade ao propor o benefício, **evitando propostas que não possam ser cumpridas ou que são inexecutáveis**. Isto traz apenas descrédito e prejudica sobremaneira a eficiência do sistema de proteção às testemunhas e a credibilidade da colaboração premiada, uma vez que há alta probabilidade de o beneficiário se frustrar com o sistema e dele se desligar, prejudicando a própria persecução penal e colocando em risco sua própria vida. Neste sentido, inclusive, é a lição do STJ: “A aplicação da delação premiada (...) deve ser cuidadosa, tanto pelo perigo da denúncia irresponsável quanto pelas consequências dela advinda para o delator e sua família, no que concerne, especialmente, à segurança”.⁴⁵

A segunda questão é sobre a possibilidade de benefícios não previstos em lei. Seriam possíveis outros benefícios – penais ou processuais - além daqueles expressamente previstos em lei? Como se

45 STJ, HC 97509/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010.

trata de normativa benéfica ao réu, desde que não haja proibição – ou seja, não afronte o ordenamento jurídico - e esteja dentro do marco da razoabilidade, é possível que outros benefícios sejam ofertados e eventualmente aplicados. Neste tema, como se trata de norma mais favorável ao réu, inexistente a restrição da legalidade estrita. Ademais, é importante notar que o magistrado irá fiscalizar tais benefícios, assim como o Tribunal. Na Correição Parcial 200904000350464⁴⁶, já mencionada, o TRF da 4ª Região asseverou-se que a prática ampliou a previsão legal para admitir a previsão de benefícios *processuais* (suspensão do processo, liberdade provisória, dispensa de fiança, obrigações de depor ou de realizar determinadas provas pessoais...), *penais* (redução ou limitação de penas, estipulação de regimes prisionais mais benéficos, ampliação e criação de modalidades alternativas de respostas criminais, exclusão de perdimento...), *fora dos limites dos fatos* (para revelação de outros crimes da quadrilha...), ou mesmo *extrapenais* (reparando danos do crime, dando imediato atendimento às vítimas...).

Assim, seria possível, por exemplo, propor ao magistrado a libertação do investigado, em liberdade provisória, sob o argumento de que houve colaboração. Embora esta hipótese não esteja prevista em lei, nos parece admissível. Isto porque a colaboração faz cessar exigências cautelares, pois indica uma diminuição do risco à prova ou de que o acusado voltará a cometer novos delitos ou a fugir⁴⁷. Segundo leciona Giulio Ubertis, “parece sensato afirmar que da confissão do acusado (e da indicação dos cúmplices) derive quanto menos a rescisão dos vínculos com aquele ambiente que havia consentido ou favorecido a perpetração do delito que se acusa”⁴⁸. Por fim, embora as partes tenham proposto um benefício, nada impede que posteriormente, a depender da colaboração, seja concedido um benefício maior. Assim, o art. 4º, §2º, permite que, considerando a relevância da colaboração prestada, o MP e o Delegado poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, caso a colaboração seja ainda mais importante e efetiva do que inicialmente verificado. Assim, o benefício aparece como um mínimo a ser concedido.

46 COR 200904000350464, NÉFI CORDEIRO, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 11/11/2009

47 BERTIS, Giulio. “Nemo tenetur se detegere” e dialettica probatoria. In: Verso um ‘giusto processo’ penale. G. Torino: Giappichelli Editore, p. 65.

48 BERTIS, Giulio. “Nemo tenetur se detegere” e dialettica probatoria. In: Verso um ‘giusto processo’ penale. G. Torino: Giappichelli Editore, p. 66, tradução livre. No original: “appare sensato affermare che dalla confessione dell’acusato (e dall’indicazione dei complici) derivi quanto meno la rescissione dei suoi legami con quell’ambiente che aveva consentito o favorito la perpetrazione del reato per cui si procede”

6.4.2.1 Acordo de imunidade

A nova Lei previu, no art. 4º, §4º, os chamados acordos de imunidade, já previsto no art. 26, item 3, da Convenção de Palermo⁴⁹ e no art. 37, item, da Convenção de Mérida⁵⁰, em que o MP deixa de oferecer a denúncia em face do colaborador, concedendo-lhe garantia de que não será oferecida denúncia em face dele, em caso de cooperação *substancial* na persecução penal.

Assim, segundo dispositivo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador, além de preencher os requisitos para a colaboração: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. Estes requisitos são cumulativos, sendo um positivo e outro negativo: o MP poderá propor o benefício ao primeiro a prestar efetiva colaboração (positivo) e desde que não seja o líder da organização criminosa (negativo). Veja que ao MP somente é dada a utilização deste acordo de imunidade em uma única oportunidade: para aquele que primeiro colaborar.

Trata-se de mitigação ao princípio da obrigatoriedade, estabelecendo-se outra hipótese de discricionariedade regrada. Isso nada tem de novo no ordenamento jurídico, pois além da transação penal, já prevista na Lei 9099/95, há, por exemplo, o acordo de leniência realizado pelo CADE e previsto na Lei 12.529/2011⁵¹, no qual sequer há previsão expressa de participação do MP ou do Judiciário. Assim, não nos parece haver qualquer inconstitucionalidade nesse acordo,⁵² por ser o MP titular exclusivo da ação penal pública, nos termos do art. 129, inc. I, da Constituição Federal. Como corolário, é impossível se impor ao MP, como instituição, que ofereça a ação penal, pois nem mesmo o STF pode impor ao PGR que ofereça denúncia⁵³. Se assim é, caso exista decisão institucional de não

49 3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção

50 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

51 Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-lei 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.

52 Nem se alegue violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal, uma vez que referido princípio, conforme decidiu o próprio STF, não se aplica à ação penal pública, mas apenas à privada (Inq 2245 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 28/08/2007, Tribunal Pleno).

53 Neste sentido decidiu o Plenário do STF: “Ademais, o pedido de que este Tribunal determine que o

oferecimento da denúncia, com fulcro no acordo de imunidade, não haverá qualquer afronta ao ordenamento jurídico, desde que assegurado os devidos controles institucionais.⁵⁴

No caso do acordo de imunidade, haverá o controle por parte do Judiciário, ao qual deve ser submetido o acordo para homologação, conforme será visto. Caso o juiz discorde do acordo de imunidade poderá aplicar o art. 28 do CPP, por analogia, pois se trata de hipótese de não oferecimento da denúncia.⁵⁵ Assim, caso discorde do acordo, o Juiz poderá remeter o caso aos órgãos de cúpula do MP (Procurador Geral de Justiça ou 2ª Câmara de Coordenação e Revisão). Porém, a decisão final é do MP, em decorrência do art. 129 da Constituição Federal.

Certamente surgirão dúvidas sobre a natureza do acordo de imunidade e sobre a sua eficácia. Seria a aplicação antecipada do perdão judicial ou seria uma causa de extinção da punibilidade *sui generis*? A lei não foi clara nesse ponto. Em uma primeira análise, parece-nos melhor a segunda posição, pois o perdão judicial é de exclusiva atribuição do juiz. De qualquer sorte, uma vez reconhecido o acordo, com homologação judicial, não seria possível a retomada da ação penal contra o colaborador, em razão da formação de coisa julgada material, mesmo que não cumpra o acordo. Assim, a cautela recomenda – sobretudo em face da novidade do instituto – que somente seja aplicado o acordo de imunidade quando a colaboração já for efetiva, ou seja, já tiver atingido sua finalidade.

Porém, a adoção do acordo de imunidade deve ser cercada de muita cautela e somente concedido em situações excepcionais, somente quando a cooperação for *substancial* conforme apontam os Tratados internacionais. Ademais, deve-se ter cautela ao propor o acordo de imunidade, para se evitar

Procurador-Geral da República denuncie o Presidente é juridicamente impossível” AP-QO5 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 08/04/2010, publicado em 03/09/2010, Tribunal Pleno.

54 Importa destacar que o STF, antes da Lei, apontou no sentido de que deveria haver o oferecimento da denúncia para que o magistrado aplicasse o perdão judicial ao final do processo, caso constatasse a efetividade da colaboração. Veja parte da ementa de questão de ordem decidida pelo Plenário do STF no caso Mensalão: “Necessidade da denúncia para possibilitar o cumprimento dos termos da Lei nº 9.807/99 e do acordo de colaboração firmado pelo Ministério Público Federal com os acusados. (...) Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos corréus colaboradores nestes autos, na condição de informantes”. (STF, AP-QO3 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 23/10/2008, publicado em 30/04/2009, Tribunal Pleno). Porém, nada obstante o teor da ementa, no bojo do caso “Mensalão”, o PGR inicialmente deixou de denunciar dois colaboradores – Lúcio Bolonha Funaro e José Carlos Batista - nada obstante tivessem sido indicados na denúncia como envolvidos no fato pertinente ao Partido Liberal. Porém, a iniciativa para denunciar os dois colaboradores partiu do próprio PGR, que posteriormente enviou cópia dos autos à primeira instância, com o fito de oferecimento da denúncia.

55 Neste sentido, ver o Enunciado 7 da 2ª CCR: Enunciado n.º 7: O magistrado, quando discordar da motivação apresentada pelo órgão do Ministério Público para o não oferecimento da denúncia, **qualquer que seja a fundamentação**, deve remeter os autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, valendo-se do disposto nos artigos 28, do Código de Processo Penal e 62, IV, da LC 75/93. (003ª Sessão de Coordenação, de 31.05.2010)

alegações futuras de arquivamento e de coisa julgada, sobretudo se o acusado não cumpriu ainda o acordo. Enquanto o colaborador não cumprir com o objeto do acordo, é possível o sobrestamento do feito, por seis meses, prorrogável por mais seis meses, com a consequente suspensão da prescrição, nos termos do art. 4º, §3º⁵⁶. Embora a lei não seja expressa, nesse caso, como há previsão de suspensão da prescrição, deve haver autorização judicial para a prorrogação do prazo para oferecimento da denúncia.

6.5. Submissão à homologação pelo Juiz

Na colaboração premiada, o magistrado, embora não participe das negociações, possui dupla e relevante atuação. Inicialmente, atuará na homologação do acordo, realizando controle de legalidade e voluntariedade. Mas não apenas nesse momento irá atuar. Na fase da sentença, também atuará, oportunidade em que irá verificar se o acordo se cumpriu e, ainda, aplicar ou não eventual benefício⁵⁷. Nos interessa, nesse passo, a atuação do juiz na homologação do acordo.

Segundo o art. 4º, §7º, 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.

A finalidade da homologação é, sobretudo, realizar o controle da regularidade, legalidade (ou seja, se foram observados os requisitos, procedimentos e garantias previstos em lei) e voluntariedade do ato e deve ser feita perante o juiz natural do feito⁵⁸.

Na análise da voluntariedade, a lei permite que o juiz ouça o colaborador, sigilosamente, na presença de seu defensor. Para tanto, melhor do que fazer perguntas cujas respostas sejam sim ou não, deve o magistrado permitir que o colaborador fale e explique aquilo que compreendeu do acordo.

56 § 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.

57 Essa atuação somente não ocorre no caso de acordo de imunidade, em que não há oferecimento da ação penal.

58 Assim decidiu o TRF da 4ª Região: “PENAL E PROCESSO PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. DELAÇÃO PREMIADA. TERMO DE ACORDO. HOMOLOGAÇÃO. EFEITOS. Sendo casuística e com efeitos limitados ao processo, a homologação judicial de termos de colaboração por delação premiada somente pode dar-se perante o magistrado da causa, juiz natural para o feito, pelo que o acordo homologado no TRF 4ª Região não pode ser compreendido como a envolver outras várias ações penais, descabendo sua pretendida extensão automática”. (Correição nº 2007.04.00.039556-6/RS, Relator Desembargador Federal Néfi Cordeiro, 7ª Turma, unânime, julgado em 22/01/2008, publicado no DE em 20/02/2008).

Interessante questionar se o juiz poderia ouvir o colaborador sem a presença do MP ou do Delegado para tal fim. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto entendem que é possível, para avaliar a voluntariedade do acordo, que o juiz ouça somente o colaborador e seu defensor. “Daí porque, na audiência que se refere o dispositivo, não haver previsão quanto à presença do proponente do acordo (Ministério Público ou delegado de polícia), mas somente do colaborador e seu defensor (...). A presença daqueles que propuseram tais acordos decerto que traria constrangimentos ao colaborador que, talvez por isso, pudesse se sentir inibido em apontar os reais motivos de que levaram a prestar o auxílio”⁵⁹. Em princípio, não nos parece que o MP possa ser excluído. O colaborador já estará acompanhado de advogado, cuja função é justamente fiscalizar os interesses de seu cliente. Ademais, nada impede que o juiz questione e verifique, na presença do MP, a voluntariedade do acordo. Deve-se ressaltar, ainda, que a função do MP é de ser fiscal da lei. No contraditório perante o MP e a defesa é que o juiz poderá verificar a voluntariedade.⁶⁰ A presença do MP impedirá que a

59 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*, p. 63.

60 Nos EUA, o Federal Rules of Criminal Procedure estabelece, em seu art. 11.2 que a Corte, para assegurar que o acordo (plea bargaining) é voluntário deve se dirigir ao imputado pessoalmente, em uma sessão pública, para verificar se o acordo não foi objeto de coação, ameaças ou promessas diversas das constantes do acordo. Veja nesse sentido: “Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally *in open court* and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement) (g.n.)”.

defesa alegue, por exemplo, coerções inexistentes, comprovando, por exemplo, por meio de gravação das tratativas, a voluntariedade do acordo. Pode haver, nesse caso, um incidente para demonstração da voluntariedade da colaboração, que somente será possível com a presença do MP.

De qualquer sorte, caso o magistrado entenda que não há voluntariedade ou, ainda, em caso de dúvida a respeito do consentimento livre do imputado, deve negar homologação ao acordo,⁶¹ de maneira fundamentada.

De outro giro, visando preservar a imparcialidade do magistrado, na homologação o magistrado não deve entrar no mérito do acordo. Sua atuação é pautada por assegurar, conforme dito, a legalidade, regularidade e voluntariedade. Não deve se desviar para análise, nesse momento, de outras questões.

6.5.1. **Decisões possíveis do magistrado**

O magistrado, ao receber o pedido de homologação, pode tomar três possíveis decisões: a) homologar o acordo; b) não homologá-lo; c) realizar sua adequação.

Irá homologar, caso entenda que foram observados os requisitos, procedimentos e garantias. Sobre os efeitos da homologação e a vinculação do magistrado, trataremos em tópico próprio.

Por outro lado, ocorrerá a não homologação, nos termos do art. 4º, §8º, quando a proposta “não atender aos requisitos legais” (por exemplo, se o colaborador não estava acompanhado do advogado ou se não compreendeu bem os termos do acordo). Não deve o magistrado adentrar no mérito do acordo.

No caso de não homologação, há duas soluções possíveis: ou a aplicação do art. 28 do CPP pelo magistrado ou, ainda, a utilização de recurso pelas partes. Segundo nos parece, a utilização do art. 28 do CPP, por analogia, deve ocorrer, conforme dito, nos casos em que houver acordo de imunidade. Nesse caso não há oferecimento de denúncia e, portanto, há analogia com o art. 28 do CPP. Porém, fora desta hipótese, as partes devem recorrer da decisão, caso não concordem com a decisão de não homologação.⁶² O recurso cabível seria, segundo nos parece, a correição parcial.⁶³

Pode o magistrado adequar a proposta ao caso concreto. Qual o limite deste poder de adequação do magistrado? Segundo nos parece, também a adequação está limitada à observância dos requisitos

⁶¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, p. 283.

⁶² Nesse sentido, Manual da ENCCLA sobre Colaboração Premiada, p. 8.

⁶³ Nesse sentido, veja: COR 200904000350464, NÉFI CORDEIRO, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 11/11/2009

legais. Assim, por exemplo, caso entenda que alguma cláusula do acordo é inconstitucional (por exemplo, cláusula em que o colaborador renuncie ao direito de recorrer), poderia excluí-la do acordo, caso não o desnature. Poderia, ainda, adequar o acordo à vontade das partes, quando alguma cláusula não estivesse de acordo com a vontade das partes ou estivesse obscura ou ambígua. Também desta decisão de adequação as partes poderão recorrer, valendo-se da correição parcial.

Por fim, o STF já decidiu que o magistrado que participa de procedimento de colaboração premiada não está impedido para futura ação penal, pois referidas causas estão expressa e taxativamente indicadas no art. 252 do Código de Processo Penal.⁶⁴

6.6. Sigilo do acordo

Acordo é, em princípio, sigiloso. Sobretudo na fase das tratativas, é importante que seja mantido o sigilo, para impedir que haja pressões indevidas que levem o colaborador a desistir. Para tanto, a lei traz algumas cautelas. Segundo o art. 7º, o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. Segundo o § 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. Por sua vez, o art. 7º, §2º, restringe o acesso aos autos ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações. Até mesmo para que possa realizar o acordo, deve-se assegurar ao defensor do colaborador o 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.

64 “Processual Penal. Habeas Corpus. Impedimento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem Denegada. 1. As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. Precedentes (HC nº 92.893/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 12/12/08 e RHC nº 98.091/PB, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/4/10). 2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição). 3. Reinterrogatório de corréus validamente realizado em processo distinto daquele em que surgiram indícios contra o investigado (CPP, art. 196) e que não constitui impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente. 4. Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. 4.Ordem denegada”. (STF, HC 97553, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010)

O acordo será sigiloso para os atingidos pela colaboração, mesmo após a homologação. Mas até quando? A nova lei delimitou claramente o momento: até o recebimento da denúncia, oportunidade em que o acordo deixa de ser sigiloso para os imputados e atingidos pela colaboração, nos termos do art. 7º, §3º. Assim, não apenas o acesso ao acordo escrito deve ser garantido aos réus atingidos pela colaboração, mas também eventuais contribuições feitas pelo colaborador. Nesse sentido, tanto o termo do acordo homologado quanto eventuais declarações prestadas devem ser concedidas aos demais imputados.

Porém, a questão pode se mostrar complexa, sobretudo quando o colaborador se comprometer a contribuir em diversas investigações. Por exemplo, no caso de doleiro que prestasse serviços para várias organizações criminosas. Em situações deste jaez, deve-se ter bastante cautela, pois se for feito apenas um acordo para todas as investigações, haverá o risco de que diligências e investigações em curso sejam desveladas quando do recebimento da denúncia. Portanto, o ideal, nestes casos, é que haja um termo de colaboração para cada investigação. Ou seja, “a prudência reclama que se colham termos separados, individualizando as empreitadas, a fim de não prejudicar o resguardo do sigilo das investigações vindouras”⁶⁵. Assim, para a organização criminosa “A”, um termo de colaboração; para a organização criminosa “B”, outro termo, e assim por diante. Com isso, à medida que forem recebidas denúncias em relação a cada organização criminosa, o termo respectivo será apresentado aos imputados, sem prejuízo de que investigações e, sobretudo, diligências em curso sejam prejudicadas.

6.7. Atos de execução do acordo. Oitiva do colaborador.

Uma vez homologado o acordo, inicia-se a fase de sua execução, ou seja, o colaborador irá prestar sua efetiva colaboração com a persecução penal. É o momento em que o colaborador irá pôr em prática a sua contribuição, executando e dando início ao cumprimento do acordo formalizado e homologado.

Conforme visto, essa colaboração possui várias formas. Pode consistir, por exemplo, na indicação das contas bancárias dos demais investigados, na indicação do patrimônio, no auxílio em identificar a vítima, em imputar a responsabilidade aos outros acusados, etc. O legislador limita apenas os resultados (art. 4º), mas não os meios para alcançá-los, que poderão ser os mais variados, desde que lícitos.

Importante destacar que, embora comum, a colaboração não incluirá necessariamente o

65 ABUJAMRA, Rafael. Delação Premiada. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinado Guimarães (coord.). *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170.

depoimento do colaborador. Deve-se afastar a ideia comumente difundida de que a colaboração premiada se esgotaria no depoimento do colaborador. Embora seja comum, não é a única espécie de colaboração.

Caso seja necessário o depoimento do colaborador, incriminando os demais envolvidos na organização, deverá ser ouvido em juízo. Nesse caso, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (art. 4º, §14). Caso minta, poderá ser responsabilizado pelo delito previsto no art. 19 da Lei 12850⁶⁶, que tipifica tanto a colaboração caluniosa – quando imputa falsamente a prática de infração a pessoa que sabe inocente – quanto a colaboração fraudulenta – quando revela informações sobre a estrutura de organização que sabe inverídicas.⁶⁷ Essa renúncia é plenamente válida e constitucional, pois feita de maneira voluntária e assistida e dentro do poder dispositivo da parte. Ao voluntariamente contribuir com a acusação – consentimento devidamente informado de todas as suas consequências e com a orientação de advogado -, o colaborador renuncia a *exercer* – não é renúncia permanente - o seu direito de ficar em silêncio. Essa renúncia ao exercício, portanto, é plenamente válida, pois feita de maneira informada, por se tratar de direito renunciável – tanto assim que o réu pode validamente confessar⁶⁸ – e por ser benéfico para todos os atores envolvidos e para a própria função jurisdicional.⁶⁹

Com que qualidade o colaborador será ouvido em juízo?

Se for colaborar em relação a fato de terceiro, do qual não teve envolvimento, será ouvido, sem dúvidas, como testemunha, com o compromisso de dizer a verdade. Mas se for autor ou partícipe do

66 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.

67 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*, p. 130.

68 Conforme leciona Antonio Scarance Fernandes, de certa forma, o acusado sempre foi dotado de algum poder de disponibilidade no processo penal: a. Pode, por vários motivos, deixar de produzir prova em seu favor; b. Pode dispor de seu poder de recorrer da sentença condenatória; c. Pode confessar; d. Pode, em alguns países, dispor de seu direito de defesa técnica; e. Pode renunciar à autodefesa. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, p. 273).

69 Realmente, de início, ao se impor o dever de dizer a verdade, fortalece-se a administração da Justiça, uma vez que assegura melhor a qualidade do material levado ao juízo, evitando que o colaborador apresente versões falsas, unicamente para obter benefícios processuais, sem qualquer risco em caso de mentir. Reforça-se, ainda, o senso de responsabilidade do colaborador, que irá sofrer consequências em caso de faltar com a verdade e impedirá que venha a juízo visando ganhar um benefício. Não se pode conceder ao colaborador a possibilidade de “arriscar” ganhar um benefício sem que qualquer consequência desfavorável lhe seja imposta, caso se verifique que mentiu. Da mesma forma, a oitiva do colaborador com o dever de dizer a verdade garante mais ainda o direito da defesa, pois, ao ser ouvido nesta qualidade, diminuirá o risco de acusações falsas.

fato delituoso, seja ou não corréu (em caso de acordo de imunidade ou prorrogação do prazo para oferecer denúncia), como será ouvido? Deverá ser ouvido na qualidade de informante – e não de testemunha, conforme decidiu o STF, antes da nova Lei.⁷⁰ Deve-se lembrar que testemunha é só o terceiro, que teve conhecimento dos fatos com base em seus sentidos. Se o colaborador participou dos fatos, deverá ser ouvido como informante, embora com o dever de dizer a verdade. Esse dever não o transmuda em testemunha, segundo nos parece.

Os demais imputados devem ter a oportunidade de fazer perguntas para o colaborador. O *cross examination* é, segundo Ennio Amodio, a mais eficaz garantia contra abusos no caso do delicado mecanismo da colaboração de corréu, para apurar prevenções, interesses ou tendências espúrias.⁷¹ Para assegurar o contraditório e a ampla defesa, ideal que o colaborador seja ouvido antes dos demais imputados.

6.7.1. Valor do depoimento do colaborador

Apesar de o sistema de apreciação das provas adotado pelo nosso sistema processual penal ser o da persuasão racional (art. 157 do CPP⁷²), o legislador estabeleceu um *limite negativo* a tal princípio no art. 4º, § 16, da nova Lei, nos seguintes termos: “Nenhuma

70“AÇÃO PENAL. TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM. CO-RÉUS COLABORADORES. DENÚNCIA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO FORMAL CONTRA OS RÉUS NESTA CORTE. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O JULGAMENTO ORIGINÁRIO. INCONVENIÊNCIA DA REUNIÃO DOS PROCESSOS. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO CONJUNTO. MANUTENÇÃO DO FEITO NO JUÍZO DE ORIGEM. ARROLAMENTO DOS CO-RÉUS COMO TESTEMUNHAS. IMPOSSIBILIDADE. APROVEITAMENTO DOS DEPOIMENTOS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. VIABILIDADE. RESPEITO AOS DITAMES LEGAIS E AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA PARA AFASTAR A QUALIDADE DE TESTEMUNHAS E MANTER A OITIVA DOS CO-RÉUS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. (...) 6. O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. 7. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes. Precedente. 8. Respeito ao princípio do contraditório e necessidade de viabilizar o cumprimento, pelos acusados, dos termos do acordo de colaboração, para o qual se exige a efetividade da colaboração, como prevêm os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99. 9. Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos co-réus colaboradores nestes autos, na condição de informantes”. (AP-QO3 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 23/10/2008, publicado em 30/04/2009, Tribunal Pleno)

71 Apud DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*, p. 69.

72 “Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”

sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Em verdade, a lei veio reconhecer o que já era pacífico na jurisprudência⁷³, no sentido de que o depoimento do colaborador, por si só, não permite edição de decreto condenatório⁷⁴. A restrição estabelecida inicialmente pela jurisprudência se devia ao reconhecimento de que motivos espúrios (inclusive a obtenção de benefícios a qualquer custo) poderiam levar algum corréu a acusar outro e porque não havia o dever de dizer a verdade. Com a nova Lei, mesmo estabelecendo o dever de dizer a verdade, as declarações do colaborador ainda são insuficientes, pois podem decorrer da busca do benefício ou de outros interesses espúrios. Justamente por isto é importante lembrar uma das “regras de ouro” em relação à colaboração, que é a “regra da corroboração”, ou seja, que o colaborador traga elementos de prova para confirmar o que declarou⁷⁵.

6.8. Sentença. Vinculação?

Em geral, somente no momento da sentença o juiz valorará o acordo formulado entre MP e defesa e a efetiva colaboração do colaborador, tendo em vista as provas dos autos.⁷⁶

Segundo o art. 4º, § 11, a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia. A grande questão que se coloca é se o magistrado ficará vinculado ou não aos termos do acordo e, em caso positivo, em que extensão. Esse certamente é um dos pontos mais importantes e, ao mesmo tempo, será um dos mais controvertidos da nova Lei.

Até mesmo em razão de nossa cultura, em geral não se aceita que o magistrado fique vinculado

73 STF – HC 75.226/MS – 2.ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 19.09.1997; (STF, HC 84517, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/10/2004; STJ, Recurso Especial n. 1.113.882/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, julgado em 08/09/2009, publicado no DJe em 13/10/2009; STF, HC 94034, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008

74 Apenas a título exemplificativo, veja a seguinte decisão do STJ: “PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELAÇÃO. CONDENAÇÃO DE CORRÉU. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LASTRO PROBATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para que haja a condenação do corréu delatado é necessário que o lastro probatório demonstre ter este participado da empreitada delituosa, sendo insuficiente a simples palavra do comparsa. 2. Recurso especial conhecido e provido para absolver o recorrente”. ()

75 Stephen S. Trott. *O Uso de um Criminoso como Testemunha: um Problema Especial*. No mesmo sentido, MORO, Sérgio. *Crime de Lavagem de Dinheiro*, p. 111.

76 A exceção fica por conta do acordo de imunidade, em que não há oferecimento de denúncia.

aos termos do acordo, afirmando-se que haveria mera expectativa de direitos, não gerando direito subjetivo aos pactuantes ou qualquer compromisso ou obrigação do julgador.⁷⁷

Porém, há posições divergentes. Antonio Scarance Fernandes, após estudar profundamente as soluções por consenso no processo penal comparado, asseverou que a vinculação do juiz ao acordo das partes é uma tônica das novas legislações europeias. Argumenta-se, como no direito americano, que sem essa vinculação haveria perda de eficiência das soluções consensuais e ninguém se aventuraria a realizar acordos com o MP se o juiz pudesse alterá-los.⁷⁸ Na mesma linha, Eduardo Araújo, ao tratar do acordo que previsse o perdão, assevera que o magistrado deve ficar vinculado ao acordo. “Do contrário, a noção de processo cooperativo restaria esvaziada e haveria um clima e indesejável insegurança jurídica na aplicação do instituto, pois o Ministério Público não teria como cumprir a sua obrigação no acordo, ante a possibilidade de o juiz não conceder o perdão judicial na sentença”. Para o autor, o imprescindível controle judicial ocorrerá quando da homologação do acordo e de seu cumprimento. Mas “uma vez homologado e cumprido o acordo sem revogação ou retratação, não há como o juiz retratar-se na sentença”.⁷⁹

A nova Lei indica que o magistrado não pode simplesmente desconsiderar o acordo. Assevera, expressamente, que o juiz *apreciará* o termo e a sua *eficácia*. Assim, o que nos parece é que o magistrado deve analisar se o colaborador realmente cumpriu o acordo homologado e, assim, atingiu o resultado a que estaria proposto. A análise da sentença deve ser feita à luz da eficácia da colaboração para a persecução penal. Se o colaborador cumprir totalmente o acordo realizado, prestando colaboração efetiva, o magistrado, em princípio, deve aplicar o benefício que lhe foi proposto, sendo sensível ao acordo realizado e aos interesses em jogo.

Isto até mesmo em atenção ao princípio da lealdade que o Estado deve àquele que colaborou na persecução penal, conforme decorre do princípio da moralidade do art. 37, *caput*, da CF. Em caso contrário, o magistrado deve fundamentar com profundidade o motivo pelo qual negou o benefício ao acusado, sobretudo quando sua participação é efetiva. O STF já decidiu nesse sentido.⁸⁰ No mesmo

77 Nesse sentido, Manual do ENCCLA sobre colaboração premiada, p. 9.

78 FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, p. 258.

79 DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*, p. 63.

80 Veja, nesse sentido: “A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque,

sentido, decidiu o STJ, afirmando que, se houve efetiva contribuição do réu-colaborador, deve ser assegurada a aplicação do benefício.⁸¹

Assim, segundo já decidiu o STJ, preenchidos os requisitos legais, o réu-colaborador fará jus ao benefício, ficando o magistrado apenas autorizado a analisar se as condições foram ou não preenchidas. Neste sentido, veja a seguinte decisão: “ao contrário do que afirma o acórdão ora objurgado, preenchidos os requisitos da delação premiada, previstos no art. 14 da Lei n.º 9.807/99, sua incidência é obrigatória (...)”.⁸²

Ressalte-se que essa interpretação não elimina os poderes do juiz, que continua a exercer diversas e relevantes funções. Scarance Fernandes lembra que o magistrado continuará a exercer tríplice função. Será o responsável por analisar a legalidade e voluntariedade do acordo – para identificar se o acusado estava suficientemente esclarecido e agiu de forma voluntária. Poderá, ainda, apreciar o mérito e absolver o acusado ou extinguir a punibilidade, sequer analisando o acordo. Por fim, continuará a ser o responsável por fazer a qualificação jurídica do fato, ao apreciar as circunstâncias apontadas pelas partes para a determinação da pena em concreto⁸³. Nesse sentido, a lei aponta que cabe ao magistrado verificar a eficácia do acordo, ou seja, se houve ou não a efetiva contribuição do

ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade. Ordem parcialmente concedida para o fim de determinar que o Juízo processante aplique esse ou aquele percentual de redução, mas de forma fundamentada” (STF, HC 99736, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010).

81 “PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR HABEAS CORPUS. DELAÇÃO PREMIADA. EFETIVA COLABORAÇÃO DO CORRÉU NA APURAÇÃO DA VERDADE REAL. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. (...) 8. Ao delator deve ser assegurada a incidência do benefício quando da sua efetiva colaboração resulta a apuração da verdade real. 9. Ofende o princípio da motivação, consagrado no art. 93, IX, da CF, a fixação da minorante da delação premiada em patamar mínimo sem a devida fundamentação, ainda que reconhecida pelo juízo monocrático a relevante colaboração do paciente na instrução probatória e na determinação dos autores do fato delituoso. 10. Ordem concedida para aplicar a minorante da delação premiada em seu grau máximo, fixando-se, assim, a pena do paciente em 2 anos e 4 meses de reclusão, competindo, destarte, ao Juízo da Execução a imediata verificação acerca da possível extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena imposta na Ação Penal 3.111/04, oriunda da Comarca de Estrela do Sul/MG”. (STJ, HC 97509/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJE 02/08/2010)

82 STJ, HC 84.609/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJE 01/03/2010.

83 FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, p. 258.

colaborador para a persecução penal, nos termos. Poderá, portanto, de maneira fundamentada, entender que a contribuição do colaborador em nada contribuiu para a persecução penal ou, ainda, que o colaborador rescindiu o acordo. Porém, reconhecendo que o colaborador contribuiu para a persecução penal, deve assegurar-lhe o benefício proposto. Somente deve negar validade ao acordo se houver rescisão ou ineficácia do acordo.

É certo que essa questão exigirá certamente uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, que muitas vezes é gradual e demorada. Porém, somente com maior respeito ao acordo formulado pelas partes e homologado pelo juiz que a colaboração processual poderá se transformar em eficiente mecanismo de combate à criminalidade organizada. Sem qualquer segurança de que o acordo será respeitado, o colaborador não se sentirá estimulado a desproteger-se e assumir diversos riscos, em atenção a uma vantagem que sequer poderá vir a usufruir. A tendência internacional, jurisprudencial e legal aponta no sentido de maior respeito ao acordo formalizado e homologado, inclusive em atenção ao princípio da segurança jurídica. Espera-se, nesse sentido, sensibilidade do magistrado em respeitar o acordo homologado, desde que legal, voluntário e eficaz.

7. Colaboração processual

Pode ocorrer a colaboração ocorrer durante a fase processual, ou seja, após o recebimento da denúncia até a sentença. Assim, durante a audiência de instrução e julgamento pode o réu demonstrar disposição em colaborar. Nesse caso, também se deve observar o mesmo procedimento: realização de acordo por escrito, sem participação do magistrado e sujeito à homologação judicial. Visando permitir que haja tempo para que a colaboração seja efetiva – ou seja, produza resultados –, o art. 4º, §3º, afirma que o processo relativo 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”. A Lei não previu a suspensão em relação aos demais imputados. Assim, pela letra da lei, haveria suspensão apenas em relação ao colaborador, continuando o feito em relação aos demais acusados. Nada impede, segundo nos parece, que o juiz suspenda o processo todo, sobretudo quando não houver prisão cautelar. Porém, nesse caso, o prazo de prescrição não se estenderia aos demais imputados, mas somente ao colaborador, por ausência de previsão legal.

Se não houver suspensão total do processo, eventual resultado da colaboração que atinja os demais imputados poderá ser juntado posteriormente, inclusive na fase recursal, desde que assegurado o contraditório, aplicando-se o art. 616 do CPP.⁸⁴

⁸⁴ Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

8. Colaboração pós-processual ou tardia

A nova lei é expressa ao permitir a colaboração processual inclusive na fase de condenação. Assim, segundo o art. 4º, § 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”. Essa colaboração pode ocorrer mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Conforme leciona Eduardo Araújo da Silva, segundo a experiência italiana, é nessa fase que ocorrem a maioria dos acordos de colaboração premiada, pois o colaborador tem a sua situação processual definida. Porém, lembra o mesmo autor, com razão, que, se de um lado aumentam acordos frutíferos, proporcionalmente cresce o risco de acordos falsos.⁸⁵

No caso da colaboração na fase de execução, a lei previu dois benefícios possíveis: a diminuição em metade da pena e, ainda, a progressão de regime, ainda que não cumprido o requisito objetivo, ou seja, ainda que não tenha cumprido o tempo necessário no regime anterior.

Na fase da execução, a questão relevante é a eficácia da medida. Se o réu colabora na fase de execução, para indicar fatos relativos a autores que ainda não foram julgados, não haverá maiores óbices para a colaboração. Em outras palavras, caso um agente colabore, mesmo com o trânsito em julgado de sua condenação, para incriminar outros corréus ainda não definitivamente condenados ou sequer julgados, é possível aplicar o benefício na fase da execução penal. Porém, se já houve trânsito em julgado para os réus que foram atingidos, a colaboração não será mais efetiva, pois será impossível reabrir o processo para a produção de provas em desfavor dos acusados e para aumentar suas penas, uma vez que não há revisão criminal *pro societatis*. Neste caso, não poderá o colaborador se beneficiar do instituto.

Em caso de colaboração após o trânsito em julgado, o magistrado da execução penal é quem deve aplicar eventuais benefícios, para se evitar a supressão da instância, aplicando, por analogia, o raciocínio constante da Súmula 611 do STF⁸⁶. Há quem defenda, porém, que o benefício seja aplicado por intermédio de revisão criminal.

9. Direitos do Colaborador

85 DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*, p. 65.

86 “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

O art. 5º da Lei estabeleceu quais são os direitos do colaborador. O primeiro é usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica, qual seja, a Lei 9807/99, que trata das medidas de proteção em seus artigos 7º a 9º, não apenas das testemunhas e vítimas, mas também dos réus colaboradores, nos termos do art. 15 da referida Lei.⁸⁷

O colaborador também tem o direito de ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados. O legislador não disciplinou aqui hipótese de “testemunho anônimo”, ou seja, aquele em que a parte não tem conhecimento dos dados qualificados do depoente.⁸⁸ Conforme visto, os atingidos pelo acordo possuem direito de ter acesso ao acordo e, portanto, saberão quem foi o colaborador, pois esse assina o termo e terá seu nome identificado neste. Aqui não se deve negar aos atingidos o conhecimento da identidade do colaborador. O que a lei visa proteger a intimidade do colaborador contra o público em geral, sobretudo para resguardá-lo da “pecha” de delator ou *dedo duro*. O que o magistrado pode assegurar é que o endereço e demais dados qualificativos do colaborador não sejam acessíveis aos acusados, visando preservá-lo.⁸⁹ Segundo nos parece, o acesso do advogado constituído ao endereço do colaborador poderá ser negado, pois isto em nada é relevante para a defesa.

Também tem o colaborado o direito de ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes (inc. III). Há, ainda, o direito de participar das audiências sem contato visual com os outros acusados. É o que Scarance Fernandes chama de testemunho

87 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.

88 Em sentido contrário parece ser o entendimento de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, para quem “não se deve permitir, em absoluto, que o colaborador seja identificado pelos demais réus”, embora aceitem que o defensor dos demais réus tenham acesso ao nome do colaborador (Ob. cit., p. 80)

89 Nesse sentido, é possível aplicar, por analogia, as disposições do Provimento CG 32/2000, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que os dados qualificativos e endereço da testemunha e da vítima sob ameaça não constarão dos depoimentos (constarão em impresso distinto, que ficará em poder da secretaria do Juízo e de acesso ao MP e aos defensores constituídos), nos termos do art. 3º, e o mandado de intimação também será emitido em separado, sem constar os nomes e dados qualificativos da testemunha ou vítima (art. 6º). Disponível em <http://arisp.files.wordpress.com/2011/06/cgj-provimento-32-2000.pdf>. Acesso em 24.02.2014. Esse provimento já foi considerado constitucional pelo STF.

oculto, quando a pessoa não é vista pelo acusado, mas sua identidade é conhecida.⁹⁰ Poderá o magistrado, dessa forma, utilizar tapumes ou outras formas de vedação de contato visual entre o acusado e o depoente. Isso impedirá eventuais pressões psicológicas ao colaborador. Ademais, é possível o uso da videoconferência, tomando-se o depoimento do colaborador por esta forma. Para proteger o colaborador, é possível distorcer a imagem, de sorte a impedir contato visual entre ele e os imputados. Pode, ainda, em último caso, retirar o réu da sala. Segundo Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, “nem parece ser necessária qualquer fundamentação do juiz ao decidir pela retirada do réu, como consta do parágrafo único do art. 217 do CPP, já que a disposição em tela decorre ‘ex vi legis’”.⁹¹ Realmente, o juiz realmente não precisa demonstrar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou constrangimento, pois estes são presumidos pelo legislador. Porém, o magistrado, antes de determinar a retirada do réu da sala de audiências, deve tentar medidas menos gravosas, em atenção ao princípio da proporcionalidade (subprincípio da necessidade), como a utilização de tapume ou de videoconferência. Só em caso de impossibilidade, deve retirá-lo da sala.

O inc. V assegura que o réu não terá sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito. Por isto, a lei previu, no art. 18, o crime de revelação de identidade de colaborador, nos seguintes termos: Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Questionamento surgirão se o dispositivo se aplicaria ao jornalista que revele a identidade do colaborador. Há, nesse caso, um conflito entre o art. 5º, inc. II e o art. 220, §1º, da Constituição Federal. Segundo Nucci, “há somente um conflito aparente de normas, pois a liberdade de informação jornalística cede espaço ao direito à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas (art. 5º, X, CF). Diante disso, é viável que a lei ordinária possa disciplinar algumas situações em que a liberdade de imprensa não é total. Ademais, não se trata unicamente de tutelar a imagem do delator, mas a sua segurança individual e também

90 FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado, p. 25. Conforme visto, não se confunde o testemunho oculto com o anônimo, em que o a identidade da pessoa não é conhecida.

91 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*, p. 80.

está em jogo o interesse público”⁹². Assim, para tentar compatibilizar os interesses, a imprensa poderá se valer de iniciais para se referir ao colaborador, como ocorre com crianças e adolescentes, evitando informações que possam identificá-lo, mas sem prejuízo de divulgar o conteúdo da colaboração.

Por fim, o colaborador tem direito a cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

10. Conclusões

Feita a análise das questões envolvendo a colaboração premiada na Lei 12.850/2013, verifica-se que o legislador buscou equilibrar eficiência e garantismo, assegurando proteção aos interesses envolvidos. Vejamos as principais conclusões do trabalho:

1. A Lei 12.850, em boa hora, disciplinou os aspectos processuais da colaboração premiada, sobretudo ao estabelecer as garantias e funções das partes, bem como o procedimento para a colaboração.

2. A colaboração premiada pode ser definida como a eficaz atividade do investigado, imputado ou condenado de contribuição com a persecução penal, seja na prevenção ou na repressão de infrações penais graves, em troca de benefícios penais, segundo acordo formalizado por escrito entre as partes e homologado pelo juízo.

3. A colaboração pode ser aplicada a qualquer tipo de infração penal, desde que grave.

4. A colaboração pode ser anterior, concomitante ou posterior ao processo, inclusive após o trânsito em julgado.

5. Três são os requisitos para a colaboração premiada: (i) voluntariedade; (ii) eficácia da colaboração; (iii) circunstâncias subjetivas e objetivas favoráveis. Não se trata de direito subjetivo do investigado, imputado ou colaborador realizar o acordo.

6. A Lei disciplinou o procedimento da colaboração, que busca assegurar os interesses da parte (garantismo) e da persecução penal (eficiência) ao mesmo tempo.

7. Deve haver um acordo escrito entre os interessados, sem participação do juiz. O colaborador deve sempre estar acompanhado de advogado. Referido acordo deverá ser submetido à homologação judicial.

8. A lei previu alguns benefícios (causa de diminuição de pena, substituição da pena restritiva de

92 NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. São Paulo: RT, 2013, p. 67/68.

direitos, imunidade, perdão e progressão de regime). As partes podem prever outros benefícios além dos previstos em lei, desde que compatíveis com a Constituição e com o ordenamento jurídico.

9. A lei inovou ao prever que o MP pode propor acordo de imunidade (art. 4º, §4º). Para sua implementação, é possível a suspensão do prazo para oferecimento da denúncia e do prazo prescricional. Caso o juiz discorde do acordo de imunidade, deve aplicar o art. 28 do CPP;

10. O acordo será submetido sigilosamente à homologação do juiz, para análise da legalidade, regularidade e voluntariedade. Nesta oportunidade, o juiz poderá homologá-lo, rejeitá-lo ou adequá-lo. Em caso de divergência das partes quanto à decisão judicial, é possível a utilização de correição parcial, salvo no caso de acordo de imunidade. O acordo será sigiloso até o recebimento da denúncia, oportunidade em que deve ser revelado para os demais imputados.

11. A execução do acordo pode ser de várias formas. Caso seja ouvido em juízo, o colaborador terá o dever de dizer a verdade, renunciando ao exercício do direito ao silêncio - o que é admissível -, e poderá ser questionado pelos demais imputados. Será ouvido como testemunha ou informante, a depender se declara sobre fato em que é terceiro ou, do contrário, é envolvido diretamente.

12. É necessária a regra da corroboração, de sorte que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

13. Na sentença, o magistrado irá analisar a eficácia da colaboração. O magistrado deve respeitar o acordo elaborado e, como regra, conceder o benefício caso entenda que a contribuição do colaborador foi eficaz. Somente deve negar validade ao acordo se houver rescisão ou ineficácia do acordo.

14. A Lei também assegurou direitos ao colaborador, tendo adotado a possibilidade de “testemunho” oculto, embora não o “testemunho” anônimo.

15. É possível a colaboração na fase processual e da execução. Nesse caso, quem verificará a eficácia da medida é o juiz das execuções.

11. Bibliografia

- ABUJAMRA, Rafael. Delação Premiada. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinado Guimarães (coord.). *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- ARAS, Vladimir. *A nova Lei do Crime Organizado*. Disponível em <http://blogdovladimir.wordpress.com/2013/10/26/a-nova-lei-do-crime-organizado/>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.
- ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org). *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- UBERTIS, Giulio. “Nemo tenetur se detegere” e dialettica probatoria. In: Verso um ‘giusto processo’ penale. G. Torino: Giappichelli Editore, 1970.

- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.
- ENCCLA. *Manual Colaboração Premiada*. ENCCLA 2013. Versão de 24-09-2013. Aprovado pela Ação nº 9.
- FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcello. *Cosa Nostra. O juiz e os “Homens de Honra”*. Tradução: Maria D. Leite. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 1993.
- FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- LIMA, Márcio Barra, A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MOURO, Sérgio. *Crime de Lavagem de Dinheiro*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. São Paulo: RT, 2013.
- SEIÇA, Alberto Medina de. *Legalidade da Prova e Reconhecimentos “Atípicos” em Processo Penal: Notas à Margem de Jurisprudência (Quase) Constante*. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*. Tradução Sérgio Fernando Moro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abril-jun. 2007.