

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

VALGLACYR KESLLER DE CASTRO

**O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO GARANTIA
CONSTITUCIONAL**

CURITIBA

2018

VALGLACYR KESLLER DE CASTRO

**O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO GARANTIA
CONSTITUCIONAL**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção de grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Luiz Osório Moraes Panza

CURITIBA

2018

VALGLACYR KESLLER DE CASTRO

**O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO GARANTIA
CONSTITUCIONAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: Luiz Osório Moraes Panza

Prof. Marion Bach

Curitiba, de de 2018

À minha filha Melina
Helena Kesler que é o
motivo de seguir em frente
e caminhar para que ela
siga os meus passos.

AGRADECIMENTOS

Ao longo desta jornada percebi que há pessoas que devem ser lembradas com gratidão, pois participaram deste momento especial e dispuseram paciência e parcela do seu tempo para escutar-me no tocante a este trabalho, outras sonharam comigo o que está se concretizando e deste modo só resta agradecer.

Como um bom judeu, agradeço primeiramente a Deus que permitiu que eu chegasse até aqui e que me deu forças e paciência nos momentos mais difíceis, nos momentos os quais ensejaram em cansaço e muitas vezes descontentamento com o presente trabalho. Agradeço também a minha querida vó Ivanira, que sempre me incentivou a estudar e desde criança fazia a melhor comida antes de eu ir para aula, ou quando voltava da escola, colégio e, por conseguinte, da faculdade. Agradeço aos meus pais biológicos, adotivos e de coração que sempre estiveram comigo, demonstrando principalmente sua preocupação com meus estudos, tempo e alimentação.

Não poderia deixar de agradecer aos meus amigos, Jaqueline Maria Ryndack, minha maior inspiração de pessoa e de profissional, à Camila de Paula que além de paciência, me incentivou a não desistir, à Rafaela de Campos Marcondes, ao Christian Rodrigues de Souza Assis e ao Thiago dos Santos Lima que se prontificaram em ajudar e sempre estiveram comigo neste momento tão importante.

Meus sinceros agradecimentos à Almir de Paula que me incentivou antes mesmo de iniciar meus estudos forenses. Também sou grato a Cícero Bezerra, que indicou o Unicuritiba por ser uma excelente instituição para ingressar no curso de Direito, ao professor e amigo Bortolo Vale pelo direcionamento, pelas palavras de ânimo e por suas aulas magistrais no início da graduação.

“Não vos aconselho o trabalho, mas a luta. Não vos aconselho a paz, mas a vitória! Seja o vosso trabalho uma luta! Seja vossa paz uma vitória!”

Friedrich W. Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como escopo demonstrar e expor quais são os argumentos das diferentes correntes doutrinárias e do entendimento do Supremo Tribunal acerca do Instituto recente da Colaboração Premiada, abordando também a delação como espécie de colaboração, e por outro lado a delação e colaboração com a mesma definição. Tal instituto tem sido comumente utilizado como meio de obtenção de prova e cooperação para com a justiça equânime, e, por conseguinte, obtendo-se maior efetividade e principalmente celeridade nos Processos Penais. Ademais, foi abordado os desafios encontrados pelo legislador brasileiro para enfrentar o crime organizado. Com o advento da Lei 12.850 de 2013 que dispõe sobre a Organização Criminosa foi possível, por meio de negociações, encontrar os demais envolvidos da prática delituosa. A justiça negocial, possibilita às partes do processo chegarem por meio de um acordo aos benefícios para de ambos, de um lado o Estado oferecendo diminuição de pena, progressão de regime, entre outros benefícios ao delator, em contrapartida o colaborador oferece informações ao Processo Penal, momento que se dá a colaboração premiada.

Palavras-chave: Colaboração Premiada, Delação Premiada, Garantia Constitucional, Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Negocial.

ABSTRACT

The present work of course conclusion has as mark to demonstrate and to expose which are the arguments of the different doctrinaire currents and of the understanding of the Supreme Tribunal concerning the recent Institute of the Winning Cooperation, also approaching the accusation as species of cooperation, and on the other hand the accusation and cooperation with the same definition. Such institute has been used commonly as middle of proof obtaining and cooperation to the even justice, and, consequently, being obtained larger effectiveness and mainly velocity in the Penal Processes. Besides, it was approached the challenges found by the Brazilian legislator to face the organized crime. With the coming of the Law 12.850 of 2013 that it disposes under the Criminal Organization were possible, through negotiations, to find the others involved of the criminal practice. The business justice, makes possible to the parts of the process arrive through an agreement to the benefits for of both, on a side the State offering feather decrease, regime progression, among other benefits to the informer, in compensation the collaborator offers information to the Penal Process, moment that feels the winning cooperation.

Keywords: Winning cooperation, Winning Accusation, Guaranteed Constitutional, Dignity of the Human Person, business justice.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	13
2.1.	BREVE HISTÓRICO.	13
3	DA JUSTIÇA NEGOCIAL CRIMINAL	17
3.1.	DEFINIÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA	18
3.2	ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO	23
4	ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	24
4.1	BREVE HISTÓRICO	25
5	FASES DA COLABORAÇÃO PREMIADA	29
5.1	MOMENTO DA COLABORAÇÃO	30
5.2	NEGOCIAÇÕES	31
5.3	FORMALIZAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO	33
5.4	COLABORAÇÃO EFETIVA	35
5.5	SENTENCIAMENTO E CONCRETIZAÇÃO DO BENEFÍCIO	38
6	REQUISITOS PARA COLABORAÇÃO	38
6.1.	VOLUNTARIEDADE	38
6.2	EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO	39
6.3	CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS	40
7	PUBLICIDADE E SIGILO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	41
8	GARANTIA CONSTITUCIONAL	47
8.1	COLABORADOR/DELATOR E SUA DEFESA	47
8.2	DEPOIMENTO DO DELATOR	48
8.3	O ACOMPANHAMENTO POR ADVOGADO EM TODOS OS ATOS DA COLABORAÇÃO	51

9 DELAÇÃO ILÍCITA	53
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, é visível que, quando pessoas convivem no mesmo ambiente social, é possível que existam diferenças, algumas são ínfimas, já outras podem ser consideradas drásticas e descomunais. Tais diferenças leva ao fenômeno chamado desigualdade social, o que resulta em anomalias sociais, trazendo malefícios à população.

Percebe-se que, os países onde o nível de desigualdade social é elevado, registram alto índice de violência e criminalidade.

Pesquisas revelam que a violência e criminalidade estão diretamente relacionadas com a desigualdade social. Não obstante, com o passar dos anos o crime organizado tomou maiores proporções, e com a evolução da criminalidade os ordenamentos jurídicos tiveram que se preocupar com a punição de práticas criminosas, bem como alcançar todos os envolvidos no crime.

Para dar efetividade a um processo penal justo é necessário analisar o princípio da razoável duração do processo, compreendendo qual a sua importância, é necessário verificar a sua aplicabilidade, afinal, através de uma delação premiada, que é uma espécie de colaboração é possível chegar aos agentes envolvidos na investigação, com maior celeridade e rapidez ao processo, quando se traz notícias novas ao processo premia-se na diminuição de pena, progressão de regime, substituição da pena restritiva de liberdade por uma medida diversa da prisão restritiva de direito, e outros benefícios ao réu. Respeitando a colaboração premiada, partindo do pressuposto que configura um direito ao réu, que se pode falar em um procedimento realizado diante dos ditames legais e justos. Importante ainda salientar, que a colaboração premiada é algo requerido ao juízo no decurso do processo ou durante a investigação, por essa razão, o agente somente pode acometer de ações ou fatos que sejam novos ao processo ou a investigação.

É função de o Estado propiciar ao cidadão o direito de ter suas garantias protegidas, e dessa forma, é necessário que o delator tenha benefícios ao delatar, informar os demais envolvidos na acusação ou no processo penal. Ao delatar, o agente, não está informando o cometimento dos crimes dos demais, mas também

está relatando a justiça o crime que cometera. Nucci¹ explicita esse pensamento quando afirma:

Colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro (s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante à materialidade ou à autoria.

Embora a lei utilize a expressão *colaboração premiada*, cuida-se, na verdade, da *delação premiada*. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica *delação*, no perfeito sentido de *acusar* ou *denunciar* alguém – vulgarmente, o dedurismo.

Fica evidenciado aqui que a definição de delação premiada está associada não apenas a contribuição do agente no processo de investigação ou até mesmo no decorrer do processo penal, mas de se auto preservar, ou seja, de garantir a si mesmo que maior pena ou sanção penal recaia sobre si, então o agente acusado ou investigado denuncia, delata outrem no sentido de revelar algo que está oculto.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**: 3ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2017. p. 55.

2 DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Para alguns doutrinadores a traição é algo imoral, e a delação possui um cunho de traição, por quebrar o vínculo de confiança entre o denunciante e o denunciado, torna-se, assim, a delação em sentido pejorativo.

Já para outros autores o Instituto de Colaboração e Delação não se confundem, tendo em vista que a colaboração é tida como gênero e delação como espécie da colaboração.

Neste sentido, a colaboração premiada é o dispositivo criado por lei, no qual o Estado como agente responsável pela sanção ao criminoso, deve apresentar um tipo de redução de pena, progressão de regime, ou algum outro benefício com aquele que irá colaborar seja investigado, imputado ou criminoso.

Contudo, neste viés é necessário um acordo a ser formalizado por escrito entre as partes e homologado pelo juiz, para que se tenha segurança jurídica e consequentemente, celeridade na persecução penal ou até mesmo na investigação criminal.

2.1. BREVE HISTÓRICO.

Beccaria e Ihering comentaram sobre a Colaboração Premiada antes mesmo de ela ser empregada na investigação criminal.

Ihering² (2004, p. 73), já comentava em 1800 (um mil e oitocentos), a possibilidade de um direito premial àqueles estados incapazes de desvendar crimes e combater a criminalidade:

Um dia, os juristas vão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade.

Beccaria em sua obra “Dei delitti e Delle Pene” (1764) Dos Delitos e das Penas (2015)³ afirma no capítulo XLI que é melhor prevenir o crime do que puni-lo. E no capítulo IX “Das Acusações Secretas” o autor ao mencionar os delatores compara-os

² IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. 23ª edição. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 73.

³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª edição, São Paulo - SP: Martins Fontes, 2015. Edipro de bolso.

com traidores, ou seja, relata em sua obra os delatores de forma pejorativa, para ele “as acusações secretas” são um abuso manifesto, mas necessário em vários governos.

A Colaboração Premiada surgiu na Europa na década de 70, com a propagação das Organizações Criminosas, principalmente na Itália, onde surgiu a preocupação de legislar, isto é, criar leis que visavam à colaboração do réu na fase investigativa do Processo Penal.

O primeiro magistrado a se manifestar sobre o direito premial foi o Italiano Giovanni Falcone na ocasião que o mafioso Tommaso Buscetta fora preso nas terras brasileiras, em novembro de 1983.

Buscetta colaborou com a justiça e revelou às autoridades o funcionamento da Máfia Costa Nostra siciliana. Com sua colaboração premiada foram levados 475 envolvidos ao banco dos réus, dos quais 144 foram absolvidos. O caso Operação Mãos Limpas ficou mundialmente conhecido, devido à colaboração de Buscetta, em que os delatados, em sua maioria eram corruptos da política italiana.

O modelo que surgiu na Itália serviu de modelo para outros países que sofreram com terrorismo de cunho político e subversivo. Todavia, nem sempre foram adaptadas ao ordenamento jurídico receptor ao aplicar a lei e o modelo de colaboração italiana.

Em solo pátrio, o instituto da Colaboração Premiada foi introduzido antes mesmo da lei de Organizações Criminosas, (Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013). Esta substituiu a antiga Lei 9.034/1995. Um exemplo que se tem é a lei de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), que no seu texto legal previa redução de pena aos partícipes coautores e associados que denunciasses à autoridade o bando ou quadrilha, a atual nomenclatura do tipo penal é associação criminosa (redação dada pela lei 12850/13).

Posteriormente, a Lei de nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, também tratou da matéria, prevendo o art. 16, parágrafo único, que em relação aos crimes “cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)

Também a Lei de nº 9.269/96 tratou da delação premiada em relação ao crime de extorsão mediante sequestro, ao introduzir o § 4º no art. 158 do Código Penal, prevendo a redução da pena de um a dois terços para aquele que denunciar o crime

à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado. Especificamente em relação ao crime organizado, seguindo a tendência internacional, a Lei no 9.034/95, que trata dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, dispôs em seu artigo 6º que “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

A redação da Lei no 9.807/99, tentou-se uniformizar o tratamento da matéria, prevendo o legislador a possibilidade de concessão de perdão judicial ou a diminuição da pena dos acusados que colaborarem de forma voluntária e eficaz com a Justiça.

Não obstante, a investigação de organizações criminosas alimenta-se de táticas bem concatenadas para que se alcancem informações privilegiadas, utilizam-se das informações trazidas pelos delatores. A ausência de delatores no processo penal torna a tarefa investigativa complexa como explica o professor Alexandre de Morais⁴.

Embora esteja o instituto de colaboração premiada alocada no texto legal, a Delação Premiada no Brasil, ainda é um território desconhecido, raramente um membro do ministério público, advogado/defensor ou magistrado, está acostumado com a negociação sobre o conteúdo da acusação e das penas, isto se dá porque dificilmente algum jurista fez algum curso de barganha no processo penal; o que se aprendeu foi pela experiência (sempre parcial).

Antes de adentrarmos no estudo da temática, duas questões são relevantes e devem ser analisadas: A definição do instituto e o âmbito de aplicação da colaboração premiada⁵.

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

⁴ ROSA, Alexandre de Morais. **Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos**. Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico. 1ª ed. Florianópolis – SC: Editora Modara, 2018.

⁵ MENDONÇA, Andrey Borges. **A Colaboração Premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Volume 04. Custos Legis. A Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. 2013, p. 03.

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, duvida sobre a legitimidade constitucional do instituto da delação premiada (...). 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).

Com base no entendimento do STF, pode-se afirmar que o instituto da Colaboração Premiada, embora seja novo no processo penal, é constitucional sua aplicação, no que tange ao delator no processo, quando indica fatos novos este age como colaborador da justiça.

3 DA JUSTIÇA NEGOCIAL CRIMINAL

Para maior compreensão da justiça criminal negocial é necessário estudar pormenorizado elementos normativos e jurisprudenciais, analisar os mecanismos de colaboração para que o processo penal se torne mais célere e eficiente, abrangendo o maior número de agentes envolvidos possíveis. Não obstante, quando falamos de colaboração premiada falamos de estratégia e táticas de negociação, no qual se buscam vantagens a fim de receber recompensas na dosimetria da pena.

De acordo com Vasconcellos⁶ a justiça criminal negocial, também denominada de consensual, define-se como o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra, impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado.

Entretanto, a barganha, a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de leniência e a colaboração premiada são mecanismos da justiça criminal negocial, pois se caracterizam como facilitadores da persecução penal por meio de incentivo à não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação em troca de benefício prêmio, como a redução da pena, por exemplo.

A barganha, em um conceito mais abrangente, tem como sinônimo de negociação e acordo, porém pode-se afirmar que todos os institutos negociais podem ser assim denominados. Em sentido estrito pode-se afirmar que barganha é mecanismo processual específico que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício.

Para tanto, a barganha não se confunde com a colaboração premiada, uma primeira distinção se dá em relação às consequências do acordo a terceiros⁷, na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção

⁶ VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 55.

⁷ ROSA, Alexandre M. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Florianópolis, Empório do Direito, 2016, p. 292.

penal, enquanto na delação sua principal função é a incriminação de terceiros (embora acarrete, em regra, a condenação do delator em razão de sua confissão).

O acordo de leniência é outro tipo de cooperação fruto da experiência bem sucedida norte americana, que se iniciou em 1993 com certa resistência que só foi superada anos depois com a descoberta de diversos cartéis em vários setores da economia dos Estados Unidos. Com o passar dos anos o Acordo de leniência sofreu um processo de globalização, e passou a ter previsão em vários ordenamentos jurídicos internacionais.

Em solo brasileiro, a ineficácia na utilização de instrumentos a fim de combater aos atos de concentração de mercado, fez com que as autoridades antitrustes vissem, nesse instituto, um caminho para ampliação dos seus poderes de investigação, através do incentivo aos agentes econômicos para que forneçam provas que ajudem a condenar todos os envolvidos em infrações penais e acaba com os efeitos nocivos sobre a economia advindos dos cartéis.

3.1. DEFINIÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

De acordo com Vinicius Gomes de Vasconcellos⁸, a colaboração premiada é a expressão da justiça criminal negocial, visto que pressupõe o reconhecimento da (culpa) confissão e, a partir disto, a colaboração à persecução criminal estatal, em regra com a incriminação de coautores e o desvelamento de informações importantes para a produção probatória; buscando-se um tratamento mais leniente. Ainda traz em seu trabalho considerações pertinentes de discussões acerca da natureza da colaboração premiada. Afinal trata-se de um instituto de processual ou de direito material?

Inicialmente, a doutrina brasileira costumava conceituar a colaboração (ou delação) premiada com um enfoque eminente em sua natureza penal material. Nesse sentido, Walter Bittar afirma tratar-se de “instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (quer dizer, sem qualquer tipo de coação) ”.

Isso ocorreu em razão da postura adotada pelo legislador brasileiro no sentido de prever o instituto, seus requisitos e consequências, mas não o seu procedimento em caráter processual. Assim, comumente, na doutrina brasileira, determinava-se que essa era, precisamente, a distinção entre o

⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª ed. – São Paulo – SP, Revista dos Tribunais, 2017, p. 53-54.

mecanismo de delação premiada e os institutos de barganha, pois aquele seria implementado em âmbito de direito material (com reduções de pena), enquanto a barganha teria impacto processual, com concessões oriundas do próprio processo. Entretanto, tal cenário foi profundamente alterado pela Lei 12.850/13, diploma normativo que trata, quase que exclusivamente, de matéria processual, introduzindo espaços de não obrigatoriedade (como o art. 4º, § 4º) e benefícios concedidos a partir de lógica de direito adjetivo, além de um regramento mais detalhado do procedimento a ser adotado.

Por conseguinte, com o surgimento da Lei 12.850/13 consolidou-se a visão que dá primazia ao viés processual da colaboração premiada. Por certo, trata-se da posição mais adequada, mesmo anteriormente à referida legislação, pois o cerne do instituto é a facilitação da persecução penal a partir da produção ou obtenção de elementos probatórios, como a confissão do delator e o seu depoimento incriminador em relação aos corréus, além de outros tipos de prova possivelmente indicados (documentos etc.).

A essência da colaboração premiada é de natureza processual, em viés probatório, com o afastamento do acusado de sua posição de resistência, a partir da fragilização de sua defesa e a aderência à persecução penal. Ainda que algumas de suas consequências premiadas se caracterizem como benefícios de ordem penal material (redução da pena e perdão, por exemplo), isso não sustenta a sua fundamentação em termos dogmáticos.

Ainda, para Vasconcellos, a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva. Como será aprofundado posteriormente, trata-se de fenômeno complexo que abrange diversos atos, como as negociações prévias, o termo do acordo em si, sua homologação e as declarações do réu colaborador (confissão e incriminação de terceiros), de modo que cada situação possui natureza específica e importância ímpar ao mecanismo em geral.

De acordo com Alexandre Morais da Rosa⁹ a “colaboração/delação premiada é o mecanismo pelo qual o Estado autoriza, no jogo processual, por mecanismo de barganha, o estabelecimento de ‘mercado judicial’, pelo qual o colaborador, assistido por advogado, negocia com o Ministério Público informações capazes de auto incriminar o agente e carrear elementos probatórios contra terceiros”.

Adotando um conceito amplo de “colaboração processual”, Mariana Lauand¹⁰ afirma que ela pode ser entendida “como atividade do imputado que durante a

⁹ ROSA, Alexandre M. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 292.

¹⁰ LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo – SP, 2008, p. 47-48.

persecução penal, adota posturas cooperativas com autoridades, em troca de algum benefício legal (garantia que não será processado criminalmente ou redução de pena)”.

Já Frederico Valdez Pereira¹¹, em sua obra (Delação Premiada – 2016), faz o uso da terminologia direito penal premial que caracteriza “exercício das autoridades no sentido de oferecer prêmios aos próprios autores, a fim de facilitar o desmantelamento de organizações criminosas”.

Segundo Mario Sérgio Sobrinho¹², 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 processuais.

No mesmo sentido, Márcio Barra Lima¹³ 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 partícipe 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.

Para Renato Brasileiro de Lima¹⁴ trata-se de Espécie do Direito Premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Para Eduardo Araújo Silva, (2015 – p. 53) a colaboração Premiada também recebe a denominação de cooperação processual (processo cooperativo) e opera-se

¹¹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada** – Legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 31-40

¹² SÉRGIO SOBRINHO, Mário. **O crime organizado no Brasil**. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo - SP: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

¹³ 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. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2010.

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. rev. ampliada e atualizada. Salvador, JusPODIVM, 2014, p. 728-729.

em dois momentos: quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumar (colaboração preventiva), e quando o acusado auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva).

Todavia, a principal divergência diz respeito aos termos de colaboração ou delação premiada, isto surgiu com a Lei 12.850/2013 que regulou o instituto denominando de colaboração premiada, o que fomentou interpretação no sentido que se trata de instituto bem mais amplo que a delação premiada.

É, assim, um instituto bem mais amplo que a delação premiada até então consagrada em várias leis brasileiras, a qual se restringe a um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos penais e processuais (diminuição da pena ou concessão do perdão judicial).

Do outro modo entendem Bittencourt e Busato¹⁵, para estes, a colaboração premiada se confunde com a delação premiada, porém acordam que a colaboração processual consiste em diminuição de pena ou chegar à isenção da pena.

O fundamento invocado é a confessa- da falência do Estado para combater a dita "criminalidade organizada", que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma "organização" ou "sofisticação" operacional da delinquência massificada. Na verdade, virou moda falar em crime organizado, organização criminosa e outras expressões semelhantes, para justificar a incompetência e a omissão dos detentores do poder, nos últimos quinze anos, pelo menos. Chega a ser paradoxal que se insista numa propalada sofisticação da delinquência; num país onde impera a improvisação e tudo é desorganizado, como se pode aceitar que só o crime seja organizado? Quem sabe o Poder Público, num exemplo de funcionalidade, comece combatendo o crime desorganizado, já que capitulou ante o que resolveu tachar de crime organizado; pelo menos combateria a criminalidade de massa, devolvendo a segurança à coletividade brasileira, que tem dificuldade até mesmo de transitar pelas ruas das capitais. Está-se tornando intolerável a inoperância do Estado no combate à criminalidade, seja ela massificada, organizada ou desorganizada, conforme nos têm demonstrado as alarmantes estatísticas diariamente. E agora, com esta medida, o Estado confessa abertamente sua incapacidade de exercício do controle social do intolerável e convoca em seu auxílio o próprio criminoso.

¹⁵ Bittencourt, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**/ Cezar Roberto Bittencourt; Paulo César Busato. – São Paulo - SP. Saraiva, 2014, p.115

Todavia, Nucci¹⁶, discorda de Busato e Bittencourt, no sentido de que o texto da lei foi elencado de modo errôneo, a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, de delação premiada. O instituto como se menciona em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação do investigado ou acusado, mas àquela que descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, o conceito que a lei deveria dispor seria de delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém.

No tocante a definição de Colaboração Premiada o vocábulo Colaboração, de acordo com dicionário Michaelis (2008, p. 194), significa “cooperação; ajuda; trabalho feito pelos colaboradores”. Também define a palavra colaborador como “pessoa que, sem pertencer ao quadro de funcionários de uma empresa, trabalha para ela habitualmente ou esporadicamente”.

Etimologicamente delação advém do latim “delatione” e significa ação de delatar, denunciar, revelar etc., todavia, a palavra delação, segundo Nucci (2017, p 58) pode ter dois significados nas ciências penais. Numa primeira análise, delação deve ser entendida no sentido de “delatio criminis”, ou seja, qualquer pessoa leva a conhecimento da autoridade policial a existência de uma infração penal (art. 5º, §3º do CPP), neste sentido o delator seria uma pessoa que não participou do ato criminoso, isto é, na acepção de denúncia propriamente dita. Já no sentido de revelar, pode-se entender como a participação do delator que efetua a admissão da própria responsabilidade na ação de um ou mais delitos.

A definição de Colaboração Premiada é a junção de duas palavras, a primeira tem um significado de trabalho voluntário, cooperação ou ajuda. A palavra premiada traz um sentido de benefício. Ou seja, buscando somente a etimologia da palavra, a Colaboração Premiada é o benefício dado a aquele que coopera ou trabalha voluntariamente.

Destarte, a colaboração premiada assenta-se no linde de benefícios estatais concedidos àqueles que contribuem com a persecução penal, visando estimular o investigado/imputado ou condenado a colaborar com o “persecutio criminis”, ou seja, a persecução penal. Ademais, a nova legislação e os doutrinadores citados acima, deixam claro que a colaboração pode ser tanto voltada para a prevenção quanto para

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**: 3ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2017, p. 57.

a repressão de infrações penais, de acordo com a necessidade, 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, acrescentando-se o termo premiada, temos a concessão de algum benefício em troca dessa colaboração.

A colaboração pode ou não implicar em delação, pois, conforme previsto no artigo 4º do diploma legal em referência, esta é apenas um de seus objetivos: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.¹⁷

Há a obrigação de o acordo ser formalizado por escrito entre as partes e homologado pelo juízo, quando este delata, relata e indica outros partícipes e coautores para que haja celeridade na investigação criminal ou processo penal.

3.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO

Indaga-se em qual infração penal a colaboração premiada pode ser aplicada. Não parece haver dúvidas de que, para todos os crimes previstos na legislação, o procedimento previsto na nova legislação se aplica, analogicamente.

A finalidade primordial da Lei 12.850/2013 é a definição de organização criminosa; a partir disso, determinar tipos penais a ela relativos e como se dará a investigação e a captação de provas. Não obstante, estabelece-se a viabilidade de aplicação dessa nova lei à situações de delinquência que fogem do conceito de organização criminosa, mas provocam grande dano a sociedade, merecendo o rigor estatal.

¹⁷ Site planalto

Ainda, neste viés é possível afirmar que há uma aplicabilidade por extensão para infrações penais cometidas ou iniciadas a execução no País, e que o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente.

De acordo com Nucci¹⁸ são duas as possibilidades de extensão, valendo dizer que os institutos da colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes, captação de provas e crimes contra administração da justiça são ajustáveis com perfeição.

A primeira delas refere-se às infrações penais: crime ou contravenção previstas em tratados e convenções internacionais em que o Brasil é signatário, como ocorre com o tráfico de pessoas e de drogas, desde que tenham início em território nacional atingindo outro(s) país(es), ou vice e versa.

A segunda concerne às organizações terroristas definidas em lei, tratando-se no caso, da Lei.13.260/2016. O artigo 5º da referida lei amplia a possibilidade de aplicação da lei para os casos de terrorismo, prevendo relevo penal aos atos preparatórios ocorridos, com o propósito nítido de realizar uma espécie de delito.

Conquanto, todas as infrações penais subsumidas nas hipóteses descritas na Lei 12.850/2013 passam a receber tanto seus benefícios quanto ao seu rigor.

Quando a Lei de nº 12.850/2013 previu a possibilidade da colaboração premiada no enfrentamento do crime organizado. Destarte, surgiu a necessidade de entender o que é crime organizado.

4 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A análise da Organização Criminosa no cenário atual está correlacionada com fenômenos antropológicos da desigualdade social que enfrenta o Brasil e obviamente, outros países, o que não significa que apenas pobres ou apenas ricos praticam delitos, mas sim aqueles que buscam ilícitamente receber alguma vantagem, geralmente de cunho econômico.

Após a criação do tipo penal específico, ficou indiscutível a conceituação de Organização Criminosa, todavia, o crime vem se organizando há muito tempo atrás com intuito de auferir lucro de maneira ilícita, neste capítulo é possível perceber os avanços históricos do crime organizado, em detrimento da ausência de combate por

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**: 3ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2017, p. 19-21.

parte do Estado, e na inconstante e ineficaz política de segurança pública, além da função do Poder Legislativo na criação de leis de combate ao crime organizado.

4.1 BREVE HISTÓRICO

As associações criminosas sejam organizadas ou desorganizadas, tiveram crescimento descomunal nas primeiras décadas do séc. XX houve então a preocupação dos governantes em nível mundial em estabelecer medidas de proteção do poder, criando normas sancionadoras para tentar inibir a propagação deste conjunto de agentes com intuito de praticar um ou mais ilícitos penais. Porém o crime organizado surgiu bem antes disto, não se sabe indubitavelmente, mas há registros históricos que as máfias surgiram no século XVI e em descontentamento com decisões autoritárias dadas pelo Estado cotejaram por meio de associações de pessoas com o mesmo ideal, como relata Eduardo Araújo da Silva¹⁹.

A origem da criminalidade organizada não é de fácil identificação, em razão das variações de comportamentos em diversos países, as quais persistem até os dias atuais. Não obstante essa dificuldade, a raiz histórica é traço comum de algumas organizações, em especial as Máfias italianas, a Yakuza japonesa e as Tríades chinesas. Essas associações tiveram início a partir do século XVI como movimentos de proteção contra arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado, em relação a pessoas que geralmente residiam em localidades rurais, menos desenvolvidas e desamparadas de assistência dos serviços públicos. Para o crescimento de suas atividades, esses movimentos contaram com a conivência de autoridades corruptas das regiões onde ocorriam os movimentos político-sociais.

No cenário mundial as organizações criminosas tiveram sua delimitação legal apenas no ano de 2000, com a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, o encontro ocorreu em Palermo na Itália, mais tarde chegou ao Brasil por meio de um decreto.

Na Convenção das Nações Unidas foi definido o conceito de organização criminosa, em seu art. 2º, ficando estabelecido como “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes algum tempo e atuando concentradamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico e moral”.

¹⁹ SILVA, Eduardo Araújo. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/13**. 2ª ed. São Paulo – SP. Editora Atlas, 2015.

A contar do Código Penal francês de 1810 (artigo 265), essa figura delituosa passou a integrar muitos códigos de outros países, que foram editados após essa data.

A criminalidade organizada iniciou-se no Brasil com movimento conhecido como cangaço, que entre o final do século XIX e o começo do século XX atuou no sertão nordestino, tendo como origem as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo, resultantes da própria história de colonização da região pelos portugueses. Personificados na lendária figura de Virgulino Ferreira da Silva, o Lampião (1897-1938), os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo a atividade desempenhada por estes era de saquear as vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquindo dinheiro mediante ameaça entre outros ilícitos que trouxeram malefícios a população.

Eduardo Araújo da Silva e Guaracy Mingard²⁰ entendem que a primeira infração penal organizada no Brasil se deu no prelúdio do século passado com a prática do “jogo do bicho”.

No Direito Brasileiro, os Códigos Criminais do séc. XIX – Código Criminal do Império de 1830 e Código Penal de 1890 – não consagravam essa figura delituosa. Apenas com o “atual” Código Penal de 1940 o crime de quadrilha ou bando veio a ser tipificado.

Mesmo com a Redação de quadrilha ou bando, Hungria²¹ em 1959 fez uma crítica à denominação do crime, visto que para ele o crime de quadrilha ou bando deveria seguir a tendência mundial que atualmente recebe-se a denominação de crime organizado ou organização criminosa. Neste sentido lavrou-se, que:

No Brasil, à parte o endêmico cangaceirismo do sertão nordestino, a delinquência associada em grande estilo é fenômeno episódico. Salvo um ou outro caso, a associação para delinquir não apresenta entre nós, caráter espetacular. Aqui e ali são mais ou menos frequentes as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de abigeatores (ladrões de gado), de moedeiros falsos, de contrabandistas e, ultimamente (sic), de ladrões de automóveis.

²⁰ MINGARD, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998. p. 95. A propósito das características da prática contravencional do “jogo do bicho” em confrontação com o perfil da criminalidade organizada contemporânea, v. Eduardo Araújo da Silva. Jogo do bicho: **infração organizada ou de pequeno potencial ofensivo?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, no 38, jan. 1996. p. 6.

²¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 2ª ed. Rio de Janeiro – RJ, Editora Forense, 1959, v.9, p. 175-176.

A já revogada Lei 9.034/1995, que cuidava do crime organizado, não trazia um tipo penal incriminador para tal atividade. Deste modo, a única maneira de se criminalizar qualquer conduta associativa para a prática delituosa dava-se pelo tipo penal nominado de quadrilha ou bando fulcro na antiga redação do art. 288 do Código Penal. Assim, houve grande crítica ao legislador no sentido de que este teria violado o princípio da reserva legal, na vertente da taxatividade, em razão de não ter conceituado o que seria organização criminosa na sua emenda.

Contudo, o crime de quadrilha ou bando (hoje denominado associação criminosa), é uma criação do Código Penal de 1940, constituindo, por sua definição, uma modalidade especial de punição, como exceção ao que se poderia denominar de atos preparatórios de futura infração penal, que na ótica do art. 31 do referido diploma legal, não são puníveis.

Em março de 2004 por meio de Decreto, o conceito de organização criminosa foi introduzido no Brasil, seguindo a definição utilizada na convenção das Nações Unidas em Palermo, na Itália.

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

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

Para Nucci²² (2017, p. 14), é perceptível que os elementos decorrentes do conceito legal podem ser divididos em:

A) A associação de quatro ou mais pessoas. Sabe-se que duas ou mais pessoas podem organizar-se, dividir tarefas e buscar um objetivo ilícito comum, por certo, não é comum que assim ocorra, embora não seja impossível.

B) Deve ser estruturalmente ordenada: exige-se um conjunto de pessoas estabelecido de maneira organizada, significando alguma forma de hierarquia (superiores e subordinados).

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**: 3ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2017, p. 14-17.

C) Divisão de tarefas: a participação de trabalho é uma decorrência natural da organização criminosa, de modo que cada componente tem o seu posto e uma atribuição particular. Visto que a divisão não precisa ser necessariamente formal, por se tratar de uma atividade criminosa é muito comum que seja clandestina, logo, informal.

D) Obtenção de vantagem de qualquer natureza. O principal objetivo da organização criminosa é a vantagem (ganho, proveito ou lucro) em regra, em pecúnia embora se aceite de outra natureza.

E) Mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos. Este entendimento é da política criminal, porém o autor critica afirmando que não há como limitar se a organização criminosa é danosa à sociedade.

F) Mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional. Neste elemento pode-se observar que independentemente da natureza do ilícito penal (crime ou contravenção) e de sua pena máxima abstrata, caso o crime fora cometido dentro e fora do território nacional, a atividade permite caracterizar de organização criminosa.

Neste sentido o E. STJ decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. 1. Apresentada fundamentação concreta, evidenciada na natureza, quantidade e variedade da droga apreendida (Durante a investigação foram realizados 12 (doze) flagrantes, que resultaram na apreensão de aproximadamente 1,1 toneladas de cocaína e 3 toneladas de maconha, e na prisão de 21 (vinte e uma) pessoas), bem como no fato de o paciente integrar organização criminosa internacional com diversos membros e frentes de atuação (trata-se de organização criminosa que estaria adquirindo grandes carregamentos de cocaína no Paraguai e Bolívia para distribuição no Rio Grande do Sul, Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro), não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 2. A via estreita do habeas corpus não se presta ao revolvimento da matéria fático-probatória, como ocorre na impugnação aos indícios probatórios admitidos de autoria. 3. Não se evidencia como desnecessária a gravosa cautelar de prisão a agente que, mesmo bem inserido socialmente, tem indicada atuação relevante e duradoura em organização criminosa de tráfico internacional de grandes quantidades de entorpecente. 4. Recurso ordinário improvido. (STJ - RHC: 52107 RS 2014/0251964-6, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 11/11/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/11/2014)

Percebe-se de imediato que existe o requisito estrutural (associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente); trata-se, portanto de concurso de pessoas. Requisito finalístico (vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional. E requisito temporal (que haja permanência e estabilidade), o último é um requisito implícito²³.

Vale enfatizar que, a partir da Lei 12.850/2013 modificou-se a redação do art. 288 do Código Penal, eliminando-se o título (quadrilha ou bando), que, de fato, era defasado e corroído pelo tempo, atingindo a terminologia adequada, correspondente a “associação criminosa”. Nucci²⁴ faz uma suave crítica no que dispõe a composição do tipo penal, segundo o autor houve um retrocesso quando se estipulou mínimo de três pessoas para sua configuração.

Porquanto, permanece-se, lamentavelmente, sem uniformidade: mantém-se o número de duas pessoas na Lei de Drogas; cria-se o mínimo de três pessoas na associação criminosa do texto do Código Penal, exigem-se pelo menos quatro pessoas na organização criminosa.

No Brasil, por política criminal, só se pode validar a organização criminosa com o mínimo de quatro pessoas.

5 FASES DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Para maior compreensão deste instituto é preciso analisar as diversas fases em que a colaboração se apresenta como cooperação ao Processo Penal. À guisa da lei de Organização Criminosa que revogou a Lei nº 9.034/95 pode-se observar o momento que pode ser inferida esta relação negocial.

Ademais, a negociação deve ser homologada, para que haja segurança jurídica tanto para o delator que oferece relatos novos e verídicos ao Processo, com intuito de receber algum benefício em troca, tanto a autoridade responsável pelo recolhimento de novas provas necessárias para o combate ao crime organizado.

²³ DA SILVA, Eduardo Araújo. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13, 2ª ed. São Paulo – SP. Editora Atlas, 2015, p. 24.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**: 3ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2017, p. 15

Não obstante, para se ter uma efetiva colaboração é necessário que o imputado cumpra o acordo homologado, assim, o juiz concede o direito subjetivo do colaborador ao prêmio. Como defluência é imposto o dever de motivação judicial sobre a determinação do benefício, isto é, o magistrado deve fundamentar o motivo de conceder o benefício ao delator.

5.1 MOMENTO DA COLABORAÇÃO

A nova legislação (art.4º, § 5º da Lei 12.850/13), indicou que é possível a colaboração premiada 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.

No sistema processual penal brasileiro existe uma estruturação do procedimento da colaboração premiada, o que se percebe na prática que durante as negociações e até mesmo na formalização do acordo existe um procedimento “padrão” que tem sido regra nos acordos firmados na operação Lava Jato e se mostra mais adequado e compatível com o objetivo de facilitação da persecução penal, visto que quanto antes houver a colaboração, mais célere e eficiente serão a investigação e a instrução processual. Neste procedimento “padrão”, as negociações e a formalização do acordo ocorrem na etapa investigativa, antes do início do processo. Após a homologação do acordo é oferecida a denúncia de modo que a efetiva colaboração se desenvolve já na fase processual, permitindo prova em contraditório, e com o objetivo de embasar a sentença que será proferida no próprio processo.

Conquanto, para Vinícius Gomes de Vasconcellos²⁵ o sistema, em regra, adotado na colaboração premiada desenvolve-se em quatro fases: 1) negociações, 2)

²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª ed. – São Paulo – SP, Revista dos Tribunais, 2017, p. 176-191.

formalização/organização, 3) colaboração efetiva, 4) sentenciamento e concretização do benefício.

5.2 NEGOCIAÇÕES

O ensejo primordial da colaboração premiada se dá pelas negociações, no qual o interesse público é a cooperação do imputado, cujo interesse é a contraprestação estatal determinada no prêmio, essencialmente pautado pelo abrandamento de sua sanção punitiva.

De acordo com Borges de Mendonça (2013, p.12) os “atos de negociação incluem todos os contatos e tentativas, desde o contrato inicial até a formalização do acordo”.

A iniciativa do primeiro contato para se instaurar a negociação, pode ser feita pelo acusado ou pela defesa, sendo desnecessária a espontaneidade na vontade do colaborador.

O texto da lei, em seu artigo 4º, § 6º da Lei 12.850/13, sugere o afastamento do julgador neste momento preliminar quando dispõe “o juiz não participará das negociações”, para que se assegure sua imparcialidade e evitar indevidas pressões que comprometam a voluntariedade do consentimento do imputado²⁶.

A questão que leva maior repercussão devido a sua complexidade diz respeito à profundidade das informações prestadas pelo colaborador no momento inicial de negociações do acordo, ou seja, antes da formalização e homologação. Em contrapartida, a acusação deve obter dados para embasar a decisão de aceitar ou não o acordo, o que pressupõe elementos suficientes para a verificação da necessidade e relevância das possíveis colaborações do imputado.

Durante os acervos, e a coleta das informações, o delator poderá ser ouvido pelo MP (Ministério Público), sempre acompanhado de seu advogado. Não obstante, o relato trazido nesses depoimentos deve constar no termo de colaboração.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª ed. São Paulo-SP: Ed. RT, 2015. p. 454. Vale citar que, em data anterior à Lei 12.850/13, o STF assentou que a intervenção probatória de magistrado no procedimento da delação premiada em fase pré-processual não viola sua imparcialidade e não pode caracterizar caso de impedimento do juiz (STF, HC 97.553/PR, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.06.2010). Trata-se de interpretação inviável diante do cenário normativo regulado pela Lei 12.850/13, que prevê expressamente (e adequadamente) a proibição de atuação do julgador nas negociações do acordo.

As declarações preliminares não podem ser consideradas provas, pois são produzidas sem o respeito ao contraditório e para a finalidade distinta. Segundo Borges de Mendonça²⁷, para que o réu/investigado colaborador não fique em situação desconfortável enquanto o acordo não for formalizado, o MP não pode utilizar das informações trazidas na fase negocial como provas.

No âmbito da operação Lava Jato, o que se percebe na prática é que tem sido firmado um termo de confidencialidade, que marca o início das negociações formais entre acusação e defesa.

Ademais, o que gera preocupação na fase negociação é referente às dificuldades que se apresenta a respeito da publicidade dos atos persecutórios. Ainda que posteriormente ao início do processo, todas as propostas e eventuais negociações deveriam ser tomadas públicas para se possibilitar um controle democrático sobre tais atos.

Há também uma imposição disposta no art. 4º § 13 da Lei 12.850/13 sob todos os atos da colaboração, também se aplica este dispositivo ao momento das tratativas. No Congresso Nacional há um projeto de lei (PL 4.078/15) em tramitação para alteração deste dispositivo, propondo a seguinte alteração do referido diploma: “As reuniões de preparação e inserção de definição sobre possível colaboração premiada serão gravadas em vídeos que serão tornados públicos após a homologação do acordo ou serão destruídos, caso o acordo não prospere”.

No tocante a este projeto em tramitação no congresso Nacional, para alterar o texto de lei, acredito que fere o princípio da publicidade, tendo em vista que todos os atos devem se tornar públicos, Porém há também uma preocupação de respeitar os Princípios Constitucionais de Ampla Defesa e Contraditório dos atos acostados neste momento inicial, tendo como este parâmetro se faz necessário salvaguardar os direitos do imputado, tornando se publicas as informações trazidas após a formalização do acordo como veremos a seguir.

Portanto, é o momento em que serão discutidas as obrigações impostas e as renúncias assumidas pelo imputado²⁸.

²⁷ MENDONÇA, Andrey Borges. **A Colaboração Premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Vol. 04. Custos Legis. A Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. 2013

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. **Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador- BA, JusPodvm, 2015, p.304

5.3 FORMALIZAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO

Uma grande inovação do procedimento introduzido pela Lei 12.850/13 foi a imposição da formalização e da homologação do acordo de colaboração premiada. Para Borges de Mendonça (2013, p. 16), as vantagens dessa sistemática são: “1) traz maior segurança para os envolvidos; 2) estabelece com maior clareza os limites do acordo; 3) permite o consentimento informado do imputado assegurando a voluntariedade; 4) dá maior transparência e permite o controle não apenas pelos acusados atingidos, mas do magistrado, dos órgãos superiores e pela própria população em geral”.

Anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro, em regra, não havia a formalização de um acordo escrito, mas somente a realização da colaboração pelo imputado, que, no sentenciamento, seria valorada pelo julgador. Por conseguinte, operava-se a insegurança e a imprevisibilidade, o que acarretava em prejuízos aos acusados colaboradores e delatados.

O artigo 6º da Lei 12.850/13 dispõe sobre tal formalização do acordo, deve este ser realizado por um termo escrito, ou seja, é solene, redigido e aceito pelas partes, tal documento deverá conter: 1) o relato da colaboração e seus possíveis resultados, 2) as condições propostas pelo MP, 3) a declaração de aceitação do colaborador e seu procurador, 4) as assinaturas do representante do MP, do delegado de polícia, do colaborador e do seu advogado, 5) quando necessário a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família.

Nos acordos realizados no âmbito da operação Lava Jato, adotou-se descrição parcialmente genérica, apontando-se os números dos processos em tramitação contra o colaborador, juntamente a enunciação ampla dos delitos envolvidos e breve resumo dos fatos.

Segundo Márcio Anselmo, “como melhor técnica, recomenda-se a adoção de dois documentos, um primeiro deles contendo o acordo propriamente dito e um segundo, na forma de anexos ou tópicos, em que o colaborador relata os fatos que tem conhecimento de interesse para a investigação ou que possam indicar a prática de crimes”.²⁹ Isso tem permitido o “fatiamento” das informações para direcionamento às investigações relevantes e eventual manutenção de sigilo específico.

²⁹ ANSELMO, Márcio A. **Colaboração Premiada**. O novo paradigma do processo penal brasileiro. Doutrina e prática. A visão do Delegado de polícia. Rio de Janeiro-RJ: Mallet, 2016, p.119.

Segundo Gilmar Mendes em decisão monocrática (Rcl 23.030 MC):

A lavratura do termo de acordo é feita com base no até então negociado pelas partes. O colaborador revela, em linhas gerais, o que sabe e pretende relatar e as partes negociam os benefícios correspondentes. Mas o efetivo relato do que o delator sabe, em todos os seus detalhes, será, ao menos em regra, feito após a conclusão do negócio jurídico processual em um ou mais depoimentos. Daí se infere que o termo de acordo de colaboração deve conter a suma do que será delatado, mas não necessariamente os pormenores.

Em outra face, vale apresentar as críticas propostas por Gilson Dipp³⁰, segundo ele, a homologação do acordo deve se concretizar somente após o exaurimento da colaboração do imputado. “O acordo que oficializa a colaboração e que se submeterá à homologação judicial só será formulado e conhecido quando concluída, o que de certa forma expõe o colaborador a incertezas antes da formalização e homologação já que fica à mercê das autoridades antes de terem-na acolhida legalmente”.

Depois de redigido o acordo e obtido o consenso das partes, deverá ser encaminhado ao julgador para homologação. Nos termos do § 7 do art. 4º da Lei. “Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

Ainda há a possibilidade de o magistrado realizar uma audiência para ouvir o delator e constatar o cumprimento dos requisitos da colaboração premiada, especialmente a sua voluntariedade³¹. Porquanto ao julgador é vedada a participação nas negociações (§6º do art. 4º da Lei 12.850/13), de modo que seu primeiro contato se dará após a sua formalização, assim será feito o juízo homologatório, ou recusar homologação à proposta se não atender os requisitos legais. (§8º do referido artigo).

Quando falamos de Colaboração Premiada como garantia constitucional, afirmamos que os direitos e garantias resguardados na Constituição devem ser operantes no caso concreto, o papel do juiz remete-se a verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade para que os Direitos do imputado sejam respeitados.

³⁰ DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília-DF: IDP, 2015, p. 26 e 34.

³¹ Ver p. 38 deste trabalho.

5.4 COLABORAÇÃO EFETIVA

Parafraseando as palavras de Vasconcellos (2017, p. 192), após a formalização e homologação do acordo, estabelece-se o cenário de efetiva colaboração.

O problema principal deste tópico é o questionamento acerca do momento em que os elementos incriminatórios, que serão utilizados contra os demais acusados, deverão ser produzidos. Para Borges de Mendonça “uma vez homologado o acordo, inicia-se a fase de execução, ou seja, o colaborador irá prestar sua efetiva colaboração com a persecução penal”.

Em contrapartida, o que se torna inquestionável: o acusado tem obrigação de prestar a colaboração efetiva e exauriente somente após a homologação do acordo, para que se assegure maior segurança e previsibilidade ao mecanismo negocial. O imputado só se torna colaborador após a homologação do acordo.

Contudo, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais no tocante o momento de se recolher a oitiva das declarações incriminatórias e a necessidade de respeito ao contraditório na formação da prova.

Segundo Nucci³², o momento de recolher as provas tem início na percussão penal, ou seja, inicia-se em regra na instauração do inquérito policial (procedimento administrativo, sob a presidência da autoridade policial, visando à colheita de provas suficientes para demonstrar a materialidade e autoria do delito, cuja meta é permitir a formação do convencimento do órgão acusatório) passando na sequência pelo processo criminal instaurado em virtude do recebimento da denúncia ou queixa, assegurando os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Colhem-se as provas e atinge-se a decisão de mérito, condenando-se ou absolvendo o réu.

Já há posição consolidada do STF neste sentido³³:

(HC 127.483) explicita que: “(...) o fato de o art. 4º, § 9º, da Lei 12.850/13 prever que ‘depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações’ não significa como pretendem fazer crer os impetrantes nas razões do agravo regimental interposto, que suas declarações somente poderão ser tomadas após a decisão homologatória. Significa apenas que, após a homologação do acordo, os depoimentos do colaborador se sujeitarão ao regime jurídico

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**: 3ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2017, p. 41-42

³³ TF, HC 127.483/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 41.

instituído pelo referido diploma legal. A todas evidências subsistem válidos os depoimentos anteriormente prestados pelo colaborador, que poderão, oportunamente, ser confrontados e valorados pelas partes e pelo juízo”.

Conforme Bechara e Smanio³⁴, “partindo-se do pressuposto que a colaboração premiada também é meio de prova, e mais, considerando-se trata de uma prova de natureza pessoal, o respectivo procedimento deve respeitar o contraditório na formação”.

Segundo Paolo Ferrua as declarações de testemunhas e coimputados têm valor de prova no processo somente quando produzidas com o método do exame cruzado; e, salvo exceções taxativamente previstas (por ex., a irrepetibilidade superveniente), nenhuma declaração recolhida unilateralmente pode ser utilizada como prova no juízo, nem contestar a prova que tenha sido produzida durante o depoimento oral.

Evita-se a situação de que, após a formação da coisa julgada em relação ao perdão ou à sanção reduzida, não haveria como impor o cumprimento do acordo. É importante notar que essa suspensão vale somente em relação ao delator, pois “não se pode imaginar que o prazo para oferecimento da denúncia fique suspenso, em relação aos delatados que, inclusive, poderão estar presos cautelarmente”, de modo que se ocasionará o desmembramento do processo³⁵.

Nos acordos firmados na operação Lava Jato, determinou-se a suspensão dos processos e investigações (e seus prazos prescricionais) em face do colaborador no período de 10 (dez) anos, prorrogado a cada seis meses, nos termos da lei, conforme seja necessário para acompanhar a execução do acordo.

Uma questão procedimental pertinente diz respeito ao momento da oitiva do colaborador na sequência de atos da frase processual da persecução penal. Com o advento da reforma ao CPP de 2008, houve uma mudança no momento do

³⁴ BECHARA, Fábio R.; SMANIO, Gianpaolo P. **Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira**. Caderno de Relações Internacionais, v. 7, n. 13, ago./dez. 2016, p.284.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª ed. São Paulo-SP: Ed. RT, 2015, p. 456. De modo semelhante: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: Legitimidade e procedimento**. 3ª ed. Curitiba-PR: Juruá, 2016, p. 155; MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei n. 12.850/13**. São Paulo-SP: Atlas, 2014, p. 40; BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Lei n. 12.850/2013. São Paulo-SP: Saraiva, 2014, p. 131; MOSSIN, Heráclito A.; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação premiada. Aspectos jurídicos**. Leme: JHMizuno, 2016, p. 174; PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 872.

interrogatório dos acusados para o final do procedimento ordinário, visando maior proteção do direito de defesa e do contraditório.

Pensa-se que é preferível no caso concreto, antecipar a oitiva do colaborador para o início da audiência de instrução e julgamento, de modo a manter toda a posterior produção de provas, para possibilitar maior efetividade ao contraditório e ao direito à prova dos corréus delatados. Nesse sentido, conforme o manual ENCCLA³⁶ “é recomendável que o colaborador preste depoimento antes dos demais réus, a fim de permitir à defesa dos demais que formulem esclarecimentos complementares a ele”. Nada obstante, deve haver novamente uma oportunidade para o colaborador se manifestar no final do processo/procedimento, respeitando assim, o direito e garantia constitucional de ampla defesa, e contraditório do colaborador.

Seguindo a mesma lógica, as testemunhas eventualmente indicadas pela defesa do réu colaborador devem ser ouvidas em momento anterior aos demais depoimentos solicitados pelos corréus delatados.

Por fim, os atos de execução da colaboração premiada devem ser gravados, pois “sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”³⁷ (art. 4º, § 13, Lei 12.850/13). Isso permite a publicidade e o posterior controle de seus termos, possibilitando o exercício efetivo da defesa e do direito ao recurso.

Contudo, o STF se posicionou quanto a obrigatoriedade da gravação: “(...) nos termos do art. 4º, § 13, da Lei 12.850/2013, não há indispensabilidade legal de que os depoimentos referentes a colaborações premiadas sejam registrados em meio magnético ou similar, mas somente uma recomendação para assegurar maior fidelidade das informações. Inexiste, portanto, nulidade ou prejuízo à defesa pela juntada apenas de termos escritos, sobretudo quando não foi realizada a gravação dos depoimentos”.³⁸

³⁶ MPF. **Manual - Colaboração Premiada**. Jan 14. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view]. Acesso em: 07.06.2018, p. 9.

³⁷ BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. **A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017, p. 180.

³⁸ STF, Inq. 4.146/DF, plenário, rel. Min. Teori Zavascki, j. 22.06.2016.

5.5 SENTENCIAMENTO E CONCRETIZAÇÃO DO BENEFÍCIO

Aqui se tem o segundo momento de atuação direta do julgador em relação à colaboração premiada, esta fase de sentenciamento é a parte final da fase instrutória do processo. Após a homologação, realiza-se a sua execução, que agora no final, será voltada ao juiz competente, e aí será analisada a efetividade da cooperação prestada, com o objetivo de determinar os benefícios que serão concedidos ao delator.

Neste momento, o imputado se cumprir as cláusulas estabelecidas no acordo homologado, o juiz concede o direito subjetivo do colaborador ao prêmio. Como decorrência lógica é imposto o dever de motivação judicial sobre a determinação do benefício, pois o magistrado deve fundamentar a opção de conceder um ou outro benefício ao delator. Portanto, como se trata de um direito subjetivo do acusado, a concessão do benefício, determinado a partir de critérios objetivos, deve ser passível de controle pelos órgãos judiciais superiores.

Também não há vedação à concessão de um prêmio maior, se for realizada uma colaboração mais importante do que o esperado anteriormente.

Em suma, percebe-se que no caso concreto há muitas mais fases que fazem parte do procedimento de colaboração no processo Penal, e sem qualquer prejuízo ao tema poderia acostar o sentenciamento e a concretização do benefício no mesmo tópico da colaboração efetiva.

6 REQUISITOS PARA COLABORAÇÃO

De acordo com a Lei de Organização Criminosa há três requisitos para a colaboração premiada:

- Voluntariedade
- Eficácia da Colaboração
- Circunstâncias subjetivas e objetivas favoráveis.

6.1. VOLUNTARIEDADE

De acordo com Andrey Borges Mendonça³⁹ a voluntariedade da colaboração indica que embora não precise ser espontânea (ou seja, pode decorrer de orientação do advogado ou de proposta do MP), a colaboração 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.

Desta forma, 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, 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 da Lei nº 12.850/13, estabelece que o magistrado ao verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, pode 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.

6.2 EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO

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 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).

Nota-se que, a lei é clara ao estabelecer que se contenta com apenas um dos requisitos. Interessante 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

³⁹ MENDONÇA, Andrey Borges. **A Colaboração Premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Vol. 04. Custos Legis. A Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. 2013.

o benefício concedido ao colaborador deve ser também crescente nessa direção. Da mesma forma, a obtenção de pluralidade de resultados deve ser considerada na análise do benefício a ser concedido.

Segundo Eduardo Araújo da Silva⁴⁰ 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 se os resultados efetivamente forem atingidos é que o colaborador poderá ser beneficiado com os prêmios legais.

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.

Destarte, pode se afirmar que a efetividade da colaboração premiada se dá com a delação de boa qualidade feita pelo colaborador frente ao exercício das atribuições estatais, esclarecendo os fatos de seu conhecimento que são novos naquela ocasião (processo), ou na fase de investigação.

6.3 CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS

O legislador no artigo 4º §1º indica que devem ser analisadas as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto para verificar se é ou não cabível a colaboração. Veja, porquanto, que não se trata de direito subjetivo do investigado/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.

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 incluindo as provas que

⁴⁰ SILVA, Eduardo Araújo. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/13.** 2ª ed. São Paulo – SP. Editora Atlas, 2015.

posteriormente seja objeto de propositura de ação penal. 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.

7 PUBLICIDADE E SIGILO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Como já elencado no começo deste trabalho, alguns autores fazem menção a Colaboração Premiada como meio de prova, e especial instrumento de investigação, com intuito e pretensão de se chegar ao maior número de coautores e partícipes na modalidade de concurso de pessoas/agentes. Todavia tal tarefa é complexa e quando um ato se torna público no momento inadequado este pode gerar drásticas repercussões no plano de investigação até mesmo na persecução penal. Deve então, existir um mínimo de sigilo para a instauração da colaboração Premiada.

Para Vasconcellos o mecanismo premial ocorre, pelo menos, de imediato, visando a proteger o colaborador e a não frustrar as medidas investigativas que podem ser prejudicadas quando informada aos demais computados.

Existe uma disposição no art. 7º da Lei 12. 850/13 sobre a perspectiva no sigilo na Colaboração Premiada.

O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto; § 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas; § 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento; § 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

Dispõe ainda o Manual ENCCLA, que as declarações e o acordo serão autuados em autos apartados, em regra, sob sigilo, e não devem ser apensados ao inquérito policial, nem nele mencionados. “(...) Até o recebimento da denúncia, apenas podem ter acesso aos autos da colaboração, além do delegado de polícia, o

Ministério Público e o juiz, o próprio colaborador e o seu advogado constituído, o qual deve ter procuração específica para acesso ao procedimento”.⁴¹

Em relação aos acordos que forem formalizados e homologados após o início do processo, em colaborações intercorrentes ou tardias, pensa-se que a regra do § 3º do art. 7º determinará a abertura do sigilo logo após a homologação⁴².

Quanto ao sigilo o art. 23 da Lei 12.850/13 preconiza o seguinte:

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

Portanto, haverá sigilo por força de lei, por ocasião da distribuição dos pedidos de ação controlada e infiltração de agentes, fulcro no art. 8º, § 2º. De outro modo, quando se instaurar investigação para cuidar de delito ligado a organização criminosa, o juiz pode decretar o sigilo.

De acordo com Nucci⁴³, os requisitos para decretação do sigilo são: 1) celeridade da diligência, 2) eficácia da diligência. Assimila-se a parte referente a eficácia, tendo em vista que a apuração do delito de organização criminosa lida com casos de extrema gravidade, merecendo ficar longe do acesso de qualquer pessoa estranha à investigação e mesmo aos advogados, que não tenham procuração aos autos, e tampouco representem investigados já indiciados. Ainda salienta Guilherme de Souza Nucci, “(...) a celeridade não se coaduna com sigilo. Pode-se realizar diligência com rapidez ou não, independente do segredo judicial”.

⁴¹ Disponível em: >www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view.>. Acesso em: 09.06.2018. p. 4

⁴² DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015, p. 36.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**: 3ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2017, p.119

O STF também se manifestou acerca do sigilo no Instituto da Colaboração Premiada⁴⁴:

(Rcl 24.116/SP), “a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 prevê, em seu art. 7º, o sigilo do acordo de colaboração como regra, que se estende aos atos de cooperação, especialmente às declarações do cooperador”, contudo “o sigilo dos atos de colaboração não é oponível ao delatado”, pois “há uma norma especial que regulamenta o acesso do defensor do delatado aos atos de colaboração – o § 2º do art. 7º”. Assim, no referido julgado foram esboçados dois requisitos para que o pedido de acesso às declarações seja garantido: “Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (Inq. 3.983, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 03.03.2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento”. Por fim, o precedente deixa claro “que não é qualquer diligência em andamento que prejudica o direito de acesso aos atos de colaboração”, pois “deve-se avaliar a possibilidade de as diligências serem frustradas por ação do requerente”, de modo que “apenas se houver razoável possibilidade de que, tomando conhecimento dos atos de colaboração, o requerente frustrasse a eficácia das diligências, o acesso deve ser indeferido” : “(...) se os depoimentos dizem respeito a fatos ainda sob investigação, e – sobretudo – não abrangidos pela ação penal ou inquérito já instaurados, podem e devem, salvo decisão judicial em contrário, permanecer em sigilo. O recebimento da denúncia em demanda que não guarda relação com aqueles termos de colaboração sigilosos, por óbvio, não lhes franqueia acesso automaticamente. (...) Do contrário, uma colaboração que contemplasse inúmeros fatos delituosos impediria o dominus litis de denunciar algum deles até que se concluísse a investigação sobre todos, sob pena de ver de pronto revelada a integralidade da colaboração ao rol dos primeiros denunciados, o que prejudicaria sigilo muitas vezes imprescindível à apuração dos demais delitos revelados na colaboração.

No julgado acima trata de hipóteses em que existam diversos termos de colaboração premiada relacionados a casos distintos, no Ag. Reg. na Rcl 22.009 o STF assentou posição de que o recebimento da denúncia em um processo específico determina a abertura do sigilo dos acordos que apresentem relação com os fatos denunciados.

Nas palavras de Borges de Mendonça (2016, p.239), “o que a lei garante não é o acesso a todos os termos de depoimento prestados pelo colaborador, mas apenas aqueles pertinentes ao feito e aos fatos imputados”.

⁴⁴ STF, Rcl 24.116/SP, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.12.2016. Sobre isso: BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. **A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, v. 3, n. 1. jan.-abr. 2017, p. 179-180.

De acordo com a frase acima, pode se afirmar de modo positivista que, o colaborador sempre terá acesso as informações referentes à sua defesa, salvaguardando os limites estabelecidos na Constituição da República.

Segundo Eduardo Silva⁴⁵, a necessidade de preservação das investigações pode impor a obrigação de manutenção do sigilo. Porém reconhece-se também a necessidade de publicização dos acordos, permitindo o seu conhecimento pelo juízo e eventual controle em âmbito recursal, como condição de exercício do direito de defesa e do contraditório, impõe-se o acesso pelos computados ao termo do acordo e às eventuais declarações prestadas preliminarmente pelo delator.

Conforme Gomes e Silva⁴⁶ “ao longo da investigação o acordo é sigiloso, mas é óbvio que isso não impede que a defesa de outros indiciados tenha acesso a tudo que já foi apurado a partir daquela colaboração premiada”, ou seja, “a defesa só não terá acesso àquilo que ainda está em operação”.

É importante citar algumas decisões dos tribunais superiores. Primeiramente, na APn 707, o STJ firmou posição restritiva no sentido de ressaltar a necessidade de manutenção do sigilo do acordo durante o inquérito policial. Já no HC 282.253, questionou-se a aplicabilidade do regramento introduzido pela Lei 12.850/13 aos processos anteriores em curso, especialmente em relação à imposição de publicidade a partir do recebimento da denúncia. Diante disso, o STJ assentou a aplicação imediata das regras, visto que apresentam natureza processual, impondo o afastamento do sigilo.

A determinação de sigilo para a colaboração premiada na fase investigativa suscita algumas questões problemáticas em âmbito da própria persecução penal. Como se vê na prática, como por exemplo, na operação Lava Jato. Considerando-se que até o recebimento da denúncia, não há divulgação do termo do acordo ou das declarações devidamente apuradas, ocorrem conflitos com as outras esferas estatais, em razão da dificuldade ao compartilhamento das informações.

Suscitando a operação Lava Jato, em especial o acordo firmado no caso da JBS previu-se cláusula limitativa: o compartilhamento das provas produzidas neste acordo para fins de utilização nas esferas cíveis e administrativas não poderá ser feito

⁴⁵ SILVA, Eduardo Araujo **da. Organizações criminosas**. Aspectos penais e processuais da Lei n.12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 70. Assim também: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada. Legitimidade e procedimento**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 162-163.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador-BA: JusPodivm, 2015, p. 336.

em prejuízo do próprio colaborador” (cláusula 19, § 3º, do acordo na Pet. 7.003 STF). Neste sentido, no pedido feito pela defesa do outro acusado, o STF, cujo relator foi Ricardo Lawadowski, decidiu que “é descabido o requerimento de quebra de sigilo de delações premiadas realizadas em outros procedimentos criminais”.

Em outra ocasião o STF, em decisão monocrática do Ministro Roberto Barroso fundamentou que: “(...) é plausível a tese segundo a qual, antes do recebimento da denúncia, o acesso aos depoimentos colhidos em regime de colaboração premiada é restrito ao juiz, ao membro do Ministério Público, ao delegado de polícia e aos defensores que atuam nos autos, excluindo-se outras autoridades, ainda que com hierarquia e poderes semelhantes”.

Diante ainda deste cenário, existe uma vedação em relação ao compartilhamento de provas em cooperação jurídica internacional, acordo de colaboração premiada no âmbito da operação Lava Jato, existe uma cláusula que restringe esta possibilidade:

O Ministério Público Federal e, no âmbito de suas atribuições, qualquer outro ente administrativo que venha a ter acesso às provas resultantes deste acordo, somente prestará cooperação jurídica internacional de qualquer natureza que envolva acesso a qualquer informação ou elemento de prova resultante da colaboração ora pactuada, bem como ao próprio colaborador, se a autoridade estrangeira celebrar com o colaborador acordo ou lhe fizer proposta formal de acordo cujo efeito exoneratório seja, no mínimo, equivalente ao do presente acordo” (cláusula 21, acordo na Pet. 6.138 STF).

Embora o texto de lei já apresente a abertura do sigilo com o início do processo no recebimento da denúncia, pensa-se que o sigilo deve ser regra na Colaboração Premiada. Neste sentido Maria Lauand⁴⁷ afirma que as declarações incriminadoras advindas do colaborador não pode ser um documento secreto em virtude da garantia da publicidade.

Em decisão que homologou o acordo de colaboração premiada no âmbito da operação Lava Jato ocorreu um aditamento do acordo após requerimento do julgador, para alterar a cláusula que determinava o sigilo do acordo por 180 dias, passando a

⁴⁷ LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 113.

dispor que a publicidade aconteceria a partir da homologação. Desta maneira, quebrou-se o sigilo em momento anterior ao previsto no art. 7º da Lei. 12. 850/13.

Em palavras, o saudoso Ministro Teori Zavaski⁴⁸ relatou nesta decisão:

“É que a Constituição proíbe restringir a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX), e estabelece, com as mesmas ressalvas, que a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário é pressuposto inafastável de sua validade (art. 93, IX). Não há, aqui, interesse social a justificar a reserva de publicidade. É certo que a Lei 12.850/2013, quando trata da colaboração premiada em investigações criminais, impõe regime de sigilo ao acordo e aos procedimentos correspondentes (art. 7º), sigilo que, em princípio, perdura até a decisão de recebimento da denúncia, se for o caso (art. 7º, § 3º). Essa restrição, todavia, tem como finalidades precípuas (a) proteger a pessoa do colaborador e de seus próximos (art. 5º, II) e (b) garantir o êxito das investigações (art. 7º, § 2º). No caso, o colaborador já teve sua identidade exposta publicamente e o desinteresse manifestado pelo acusador revela não mais subsistir razões a impor o regime restritivo de publicidade”.

Segundo Tiago Essado⁴⁹ eventual sigilo deve se caracterizar por justificação razoável e pela transitoriedade, o que significa dizer que a publicidade pode ser diferida somente por fundamentação por parte de quem presida a investigação, sem que haja prejuízo às partes, em especial ao colaborador e a própria investigação.

Perfaz-se que, a regra na colaboração premiada deveria ser a publicidade e não o sigilo, para que sejam respeitados os princípios constitucionais de Ampla Defesa e Contraditório aos coimputados. O acordo deveria se tornar público após a homologação, ou até antes, para assegurar a possibilidade de impugnação pelos eventualmente prejudicados. Todavia, em regra, as negociações e sua formalização/homologação inicial são sigilosas até o recebimento da denúncia no caso em questão.

Por óbvio, existem situações em que o sigilo é necessário e recomendável. Hipóteses em que, se comprove eventual risco ao colaborador ou à realização de atos investigativos específicos, como interceptações telefônicas, por exemplo.

Ademais, no caso concreto verifica-se a utilização de cláusula que autoriza o requerimento de levantamento do sigilo do acordo ou de depoimentos do delator, ainda que em momento anterior ao autorizado normativamente.

⁴⁸ STF, Pet. 5952, Min. Teori Zavascki, j. 14.03.2016, p. 254

⁴⁹ ESSADO, Tiago C. **Delação premiada e idoneidade probatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo-SP, ano 21, v. 101, 2013, p. 218.

8 GARANTIA CONSTITUCIONAL

De acordo com o professor Damásio de Jesus, “delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato).”⁵⁰ Diante deste conceito percebe-se que só é possível obter delação se houver indiciado, acusado ou réu, e este é incumbido de colaborar com a justiça, assim, merece receber algum benefício em troca dos fatos que irá trazer que são de suma importância para a *persecutio criminis*, dando maior efetividade e celeridade ao Processo Penal.

Em virtude do Instituto da Colaboração Premiada beneficiar diretamente o Estado Democrático Brasileiro, deve-se obrigatoriamente ser abordado o princípio da moralidade administrativa previsto no artigo 37 “*caput*” da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a Administração Pública deve se pautar na moralidade administrativa para a tomada de suas decisões.

Contudo, o objetivo deste capítulo é demonstrar que o delator possui direito à justiça (direito de ação e de defesa) e também direito ao processo (garantias do devido processo legal)⁵¹, além de ser acompanhado por um defensor em todos os atos da negociação e para participar da negociação deve respeitar os requisitos de validade elencados neste trabalho.

8.1 COLABORADOR/DELATOR E SUA DEFESA

O acusado, potencial colaborador, é o elemento central do mecanismo negocial. Todo sistema é desenvolvido a partir da sua importância. Por outro lado, o Estado apresenta seu interesse para suprir insuficiências e dificuldades investigativas, oferecendo-lhe benefícios em troca de sua cooperação para obtenção da confissão e de seus privilegiados conhecimentos.

⁵⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 07/09/2018 às 15 horas.

⁵¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo - SP: Malheiros, 2010, p. 86.

Nada obstante, percebe-se a preocupação por parte do Estado, tendo em vista a forte tensão acerca do benefício, (quando presentes os pressupostos e requisitos), propulsionado pelo direito à ampla defesa e do contraditório.

Uma das maiores preocupações que permeiam o cenário da justiça criminal negocial diz respeito à proteção do réu colaborador, em seus diversos sentidos: em âmbito jurídico, assegurar previsibilidade na sua conduta, de modo que a prestação de efetiva cooperação resulte no benefício acordado; no cenário processual, criando mecanismos para evitar ao máximo indevidas pressões que corrompam a sua voluntariedade para aceitar ou não o acordo; e, no panorama extraprocessual, guarnecendo sua integridade física em relação a eventuais ameaças.

Por meio de conjecturas da obra de Vasconcellos⁵², pode perceber-se que a partir da necessidade de delimitação de critérios limitativos, que se tem primordialidade de um tratamento paritário entre os acusados, de modo que uma discricionariedade ao acusador para oferecer ou não o acordo fragilizaria profundamente a estruturação legítima da colaboração premiada. Desde modo, pode se afirmar que a premissa de que há um direito à colaboração premiada, desde que atendidos os requisitos e pressupostos legais.

Posteriormente, será ressaltado o papel do defensor técnico para proteção do acusado que almeje cooperar com a persecução penal. Trata-se de imposição marcadamente reiterada pela Lei 12.850/13, que cominou em diversos dispositivos a obrigatoria assistência por advogado. Apesar disso, pensa-se que o acompanhamento do colaborador por defensor técnico deve ser estudado com cautela, visto que não pode se consolidar como garantia inquestionável da legalidade do acordo.

8.2 DEPOIMENTO DO DELATOR

Sabe-se que o instituto da Colaboração Premiada é um fenômeno complexo, que envolve vários atos com naturezas distintas após desvelar-se a concepção do acordo como meio de obtenção de prova, é fundamental analisar a situação do depoimento do delator e sua caracterização ao ingressar no processo. Trata-se de questão controvertida, pois abarca diversas consequências, em relação ao próprio

⁵² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª ed. – São Paulo – SP, Revista dos Tribunais, 2017, p. 95-99.

colaborador e aos demais corréus, o que acarreta certa imprecisão na sua delimitação.

Outrossim, o regime jurídico a ser adotado em relação ao depoimento do colaborador é controverso na doutrina. Costuma-se apontar uma natureza dúplice, como confissão ao delator e, por outro lado, prova testemunhal em relação aos delatados.

Primeiramente, sem a devida cautela não se pode dar ênfase apenas a natureza da confissão, pois envolve questões mais amplas, como a eventual ligação direta com a incriminação de terceiros, de modo que estes extrapolam os limites legais da confissão.

Como bem explica Gomes Filho e Vanise Röhrig⁵³, Confissão não é meio, mas elemento de prova:

Confissão é o resultado de uma declaração de vontade que deve ser formalizada, podendo ser realizada dentro e fora do processo. Assim, a confissão extrajudicial deverá ser substanciada em algum documento, e será este documento o meio de prova produzido no processo e não a própria confissão. Já a confissão judicial ocorre em sede de interrogatório, não sendo, portanto, um meio de prova, mas o resultado eventual do interrogatório.

A confissão, portanto, nada mais é, do que o sujeito assumir o que lhe foi empregado admitir contra si uma imputação de um ilícito penal por quem quer que seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público.

O que também vem a repercutir neste momento é se o colaborador pode ser ouvido como testemunha. Não vislumbro aceitação que possa ser viável a colhida da oitiva de testemunha pelo Judiciário, ferindo os preceitos de imparcialidade, pois o colaborador neste ato poderia prejudicar o devido processo legal, tendo em vista que este tem interesse no processo.

Entretanto o STJ tem admitido a oitiva do colaborador como testemunha incriminatória de terceiro em processos distintos:

“II – O sistema processual penal brasileiro impede a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, em razão da

⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, n. 65, mar.-abr. 2007. p. 179

incompatibilidade entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta nos termos do Código de Processo Penal. III – No entanto, não há impedimento ao depoimento de colaborador como testemunha, na medida em que, não sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu, sua oitiva constitua verdadeira garantia de exercício da ampla defesa e do contraditório dos delatados, ao mesmo tempo que também consubstancia mecanismo de confirmação das declarações e de validação dos benefícios previstos no acordo de colaboração” (STJ, RHC 67.493/PR, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 19.04.2016).

Segundo Mariana Lauand⁵⁴, “imputado (ou condenado) colaborador prestará declarações nos autos do processo crime movido contra o terceiro incriminado, mas nunca na qualidade de testemunha, pois, como já esclarecido, não possui a imparcialidade para tanto. Poderá ser ouvido como informante, com a presença do imputado incriminado e de seu defensor, para que possam exercer o contraditório”.

Semelhantemente, Mendonça (2013, p. 28) preconiza em sua obra que mesmo que o “imputado/condenado” colaborador preste compromisso de veracidade, por imposição do § 14 do art. 4º da Lei 12.850/13, isso não afeta sua condição de interessado, o que se ressalta em razão da promessa de concessão de benefício (inclusive condicionada a tais declarações). Ademais, em uma primeira análise, ela não se altera mesmo em caso de depoimento em processo distinto ou em relação a acusações que não envolvam diretamente o delator.

Já na qualidade de informante, entende-se que a luz do §14 do referido diploma legal, o colaborador renuncia ao direito ao silêncio e assume a obrigação de dizer a verdade, o que se afastaria a colhida do depoimento do colaborador como informante. Porém alguns autores que discordam da posição firmada⁵⁵.

Diante de tais apontamentos nota-se que o colaborador não se encaixa como testemunha, por ter interesse no caso, nem tampouco como informante, por prestar compromisso de veracidade. Destarte, deve ser analisado no Processo Penal como uma categoria própria.

Ainda que a maior parte da doutrina apresente uma classificação da situação do delator conforme o grau de relação com o fato objeto do processo em que ele preste o depoimento, a sua situação é determinada pelo acordo com o poder estatal

⁵⁴ LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo-SP. 2008, p. 126.

⁵⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª ed. – São Paulo – SP, Revista dos Tribunais, 2017, p. 68

em troca de benefícios se cumpridos os termos homologados, de modo que seu status será sempre de “colaborador” e cooperador do juízo.

8.3 O ACOMPANHAMENTO POR ADVOGADO EM TODOS OS ATOS DA COLABORAÇÃO

Com o intuito de assegurar a regularidade do mecanismo negocial, impõe-se o acompanhamento de advogado ao colaborador em todos os momentos. Conforme o regramento introduzido pela Lei 12.850/13 é imprescindível a assistência de defensor técnico ao réu em todos os atos, seja de negociação, confirmação ou execução (art. 4º, § 15). É uma medida indispensável, visando à proteção do colaborador, com o esclarecimento devido de sua situação, em atenção aos requisitos da voluntariedade e da inteligência.

Ainda no art. 6º, inciso IV da Lei referida, determina que “o termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter (...), IV- as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e seu defensor.”⁵⁶

Trata-se de imposição não renunciável pelo delator. Ainda que expresse vontade pretensamente inequívoca de cooperar ou tenha receio de eventual vazamento de informações, não é permitida a realização de negociações ou a formalização do acordo sem a presença de advogado. Se não for indicado advogado constituído, deve-se nomear defensor público. Portanto, “imediatamente após o primeiro contato com investigado que manifeste interesse sério na colaboração, é fundamental que se lhe assegure o acesso à assistência de advogado”⁵⁷

Algo que não foi elencado na legislação e que carece de atenção é a possibilidade de conflito de interesses ao defensor, caso ele represente mais de um colaborador. Por isso, como sugere Valdez Pereira, “seria importante que, nos moldes do art. 106, 4bis da legislação processual italiana, se impedisse que um mesmo advogado responda pela defesa de mais de um colaborador”

No Brasil, há um projeto de lei que acrescentaria um novo § ao art. 4º da Lei 12. 850/2013 com uma nova redação: “O colaborador não poderá ser defendido por

⁵⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª ed. – São Paulo – SP, Revista dos Tribunais, 2017, p.146.

⁵⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 132.

advogado ou sociedade de advogados que no mesmo processo patrocine ou tenha patrocinado outro investigado ou acusado também interessado em obter os benefícios tratados neste artigo”.

Todavia, existe crítica que se coloca à justiça criminal negocial em razão da hipervalorização da proteção oferecida pelo advogado ao colaborador. Atesta-se, em muitos casos, que o acompanhamento por defensor técnico garante a voluntariedade e a inteligência da decisão do delator, sanando eventuais vícios de sua vontade. Nesse sentido, já há doutrina que sustenta: “não há como alegar ofensa à ampla defesa se a voluntariedade do colaborador somente é aceita se seu defensor estiver presente”.

Outrossim, não se pode reduzir a importância da assistência técnica, resta evidente que a própria relação entre cliente e advogado é comprometida em um campo jurídico-penal permeado pela justiça criminal negocial.

Por eventual má-fé do defensor (almejando a rápida obtenção dos honorários ou a redução de sua carga de trabalho) como pelos riscos inerentes ao processo penal (que dificultam a orientação no sentido da não aceitação do acordo), pensa-se que o acompanhamento do advogado não pode ser visto como inquestionável garantia da legalidade do acordo de colaboração premiada.

Deve-se, então, ter cautela na análise da assistência realizada pelo advogado, pois “caracteriza-se uma “relação esquizofrênica”, em que o advogado parte de uma presunção de culpabilidade inicial, que geralmente acarreta a indicação de sugestão no sentido de aceite à barganha, para, em caso de recusa, adotar posição defensiva que evidentemente não responde adequadamente ao mínimo de confiança necessária à relação entre cliente e advogado”⁵⁸.

Conclui-se, portanto, um ponto de extrema relevância é o esclarecimento de que a pessoa diretamente impactada (e eventualmente prejudicada) pela colaboração premiada é o imputado, sendo dele a decisão de cooperar ou não, de modo que o papel do advogado é auxiliar, visando ao esclarecimento e à orientação. Portanto, o acusado tem direito de estar presente em todos os atos de negociações do acordo que envolva sua atuação, devendo ser vedados reuniões e contatos entre defensor

⁵⁸ VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo-SP: IBCCrim, 2015, p. 187.

técnico e acusador público sem conhecimento e possibilidade de influência do próprio imputado.

9 DELAÇÃO ILÍCITA

Tem se tornado público, que muitas vezes na colheita das informações, autoridades policiais e membros do Ministério Público utilizam de verdadeiro terrorismo contra o imputado e potencial colaborador, integrante de uma organização criminosa, para que ele delate seus companheiros. Seriam constrangidos a falar utilizando de artifícios ilícitos e outros meios ilegais, a prova se torna ilícita, devendo ser desentranhada e desprezada.⁵⁹

Neste limite, deve-se ter sempre cautela, ainda que haja consentimento das partes. Não se pode, por exemplo, aceitar a introdução de prova maculada de ilicitude, mesmo que o delator se posicione favoravelmente.

Ademais, não se pode confundir tortura psicológica com conversas mantidas entre a autoridade policial, o membro do Ministério Público e o potencial colaborador, enumerando as vantagens de sua delação e o que ele pode evitar desagradável para si e sua família. Além disto, o delator deve estar sempre acompanhado de um advogado.

Existe no Processo Penal uma regra denominada de Regra de Corroboração que impõe a necessidade de provas independentes e complementares às declarações do imputado, tais provas devem ser lícitas em respeito as regras do devido processo legal.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado (ENFAM) propôs o seguinte enunciado: “São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação”.⁶⁰

Nesse diapasão, percebe-se que todo o Processo Penal, desde a Persecução Penal, até a formação da coisa julgada, os elementos constitucionais são de suma

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**: 3ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2017, p.56.

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial 2. São Paulo-SP: Saraiva, 2014, e-book.

importância, para que se empenhe respeito e dignidade ao colaborador, sob o viés humano e igualitário em sua formalidade.

Quando a Constituição Federal elenca que todos são iguais perante a lei, significa que valores não devem ser superados ou ignorados por interesse individual e próprio em detrimento de outrem, do mesmo modo o respeito mútuo e a cooperação que se dá no processo penal e também no momento investigativo sem qualquer prejuízo as partes interessadas.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenho normativo de colaboração/delação premiada no Brasil vem se adequando aos moldes do cenário político-jurídico atual, em que a repercussão tomou maiores proporções em âmbito nacional e internacional após aos acordos de leniência firmados durante a recente operação Lava Jato.

Embora não fora abordada diretamente tal operação neste trabalho, percebe-se por meio de conjecturas acerca da efetiva colaboração que a prática delituosa está diretamente ligada aos meios utilizados para um determinado grupo de agentes obter vantagem ilícita, conseqüentemente, o que se busca é o maior alcance dos envolvidos e sempre com posição hierárquica superior para que seja fragmentada tal organização criminosa.

Como resultado das manifestações de junho de 2013, o parlamento brasileiro aprovou a Lei 12.850 do mesmo ano, respondendo as repúdias do cidadão que protestou nas principais ruas das cidades brasileiras, todavia, não tinham, em tese, a dimensão da proporção que chegaria a colaboração premiada, de natureza igual, encurtando a investigação e, deste modo, tornando a investigação mais célere e eficiente.

No afã de suprimir suas carências, isto é, por falência dos mecanismos de controle de segurança pública, o Estado não consegue descobrir e incriminar de forma satisfatória os envolvidos na prática delituosa que se associam para subverter a ordem social. Assim, utiliza de artifícios que corroboram para o maior desempenho das autoridades no tocante a investigação e do Ministério Público no desmantelamento da prática criminosa.

Nesse cenário, a utilização da Colaboração Premiada vem sendo cada vez mais utilizada no Processo Penal, em viés probatório, a partir da fragilização da defesa do delator e aderência deste à persecução penal, quando a este importa o prêmio que irá receber do Estado em troca de depoimento que tragam fatos novos ao Processo Penal.

Sabe-se que o objetivo primordial da colaboração Premiada é a relação de barganha e benefícios entre os envolvidos, de um lado se tem o acusado ou réu e possível colaborador que durante a persecução penal adota posturas cooperativas com as autoridades, com intuito de receber alguma garantia; E esta garantia deve ser fundamental para se obter segurança jurídica aos envolvidos: colaborador e Estado.

A Constitucionalidade da colaboração Premiada se dá não apenas pelos princípios que norteiam a Dignidade da Pessoa, a Moralidade o Devido Processo Legal, a Razoável Duração do Processo e outros Princípios Constitucionais Processuais, mas também pelo acompanhamento de defensor em todos os atos da persecução penal. Além da publicidade à informação, mas nos casos que a lei possibilita o sigilo das informações, quando molesta a intimidade e o interesse social.

Porquanto, existe no texto constitucional uma vedação dos direitos e garantias fundamentais por se tratar de cláusulas pétreas. Todavia cuida-se para que o Ministério Público ou o Delegado de Polícia não suprima os atos decorrentes do acordo firmado entre eles, respeitando assim, os limites estabelecidos na Lei 12.850 de 2013, e os requisitos de validade exposto no presente trabalho.

Contudo, vale ressaltar que o colaborador pode delatar ou se manter inerte, isto é, pode se manter em silêncio ou participar das investigações, se escolher a última terá benefícios que afasta a autoincriminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANSELMO, Marcio A. **Colaboração Premiada**. O novo paradigma do processo penal brasileiro. Doutrina e prática. A visão do Delegado de polícia. Rio de Janeiro-RJ: Mallet, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª ed. São Paulo-SP: Ed. RT, 2015.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo - SP, Edipro de bolso, 2015.
- BECHARA, Fábio R.; SMANIO, Gianpaolo P. **Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira**. Caderno de Relações Internacionais, v. 7, n. 13, ago./dez. 2016.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**/ Cezar Roberto Bitencourt; Paulo César Busato. – São Paulo - SP. Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: Dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública**. 3. Ed. 2ª tiragem. São Paulo – SP. Saraiva, 2008.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial 2**. São Paulo-SP: Saraiva, 2014.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo - SP: Malheiros, 2010.
- DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília: IDP, 2015.
- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. **Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador- BA, JusPodvm, 2015.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. 9, 2ª ed, Rio de Janeiro – RJ, Editora Forense, 1959.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 07/09/2018 às 15 horas.
- 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. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. rev. ampliada e atualizada. Salvador, JusPODIVM, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges. **A Colaboração Premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Vol. 04. Custos Legis. A Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. 2013 Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file> Acesso em: 10/04/18 às 13 horas.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei n. 12.850/13**. São Paulo-SP: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**: 3ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes. **Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos**. Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico. 1ª ed. Florianópolis – SC: Editora Modara, 2018.

ROSA, Alexandre M. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Florianópolis, Empório do Direito, 2016.

SILVA, Eduardo Araújo. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/13**. 2ª ed. São Paulo – SP. Editora Atlas, 2015.

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 - SP: Revista dos Tribunais, 2009.

VALDEZ Frederico. **Delação premiada: Legitimidade e procedimento**. 3ª ed. Curitiba-PR: Juruá, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª ed. – São Paulo – SP, Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015.

YACOBUCCI, Guillermo J. **El crimen organizado Desafios y perspectivas em el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 2005.