

A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS LEGAIS AO RÉU ¹

Heloísa Tártari Goldstein ²

RESUMO

O surgimento de contemporâneas modalidades criminosas fez surgir novos métodos investigativos. O presente estudo tem por objetivo, avaliar a possibilidade de utilização da colaboração premiada como um mecanismo de defesa capaz de conceder benefícios legais ao réu, através da análise dos defeitos e dos pontos que permanecem obscuros na legislação. O contexto histórico e as influências externas do mecanismo negocial foram examinados, bem como a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que existam diversos dispositivos que disponham sobre a colaboração premiada, na prática, o regramento não elucida alguns tópicos importantes e causa inúmeras controvérsias doutrinárias em outras questões. Entretanto, não se pode desconsiderar a importância do mecanismo negocial em análise. Desta forma, o presente artigo procura sustentar ser a colaboração premiada um instrumento efetivo de defesa, quando as suas regras foram seguidas à risca.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Lei 12.850. Limites. Instrumento de defesa. Benefícios.

ABSTRACT

The emergence of contemporary criminal modes has given rise to new investigative methods. The objective of this study is to evaluate the possibility of

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora, composta pelas professoras Mestre Marcos Eberhardt (orientador), Mestre Fernanda Corrêa Osório e Mestre Felipe Kirchner, em 05 de julho de 2018.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: heloisa.goldstein@acad.pucrs.br

using the plea bargaining as a defense mechanism capable of granting legal benefits to the defendant by analyzing the defects and points that remain unclear in the legislation. The historical context and the external influences of the negotiating mechanism were examined, as well as their application in the Brazilian legal system. Although there are several devices that have on the awarded collaboration, in practice, the rule does not elucidate some important topics and causes numerous doctrinal controversies in other questions. However, the importance of the negotiating mechanism in question can not be disregarded. In this way, the present article tries to maintain that the awarded collaboration is an effective instrument of defense, when its rules were followed to the letter.

1 INTRODUÇÃO

A colaboração premiada despontou como método investigativo a partir do surgimento de novas técnicas criminosas, denominadas de macrocriminalidade. Essas modalidades são conhecidas por suas estratégias sofisticadas, bastante utilizadas pelas organizações criminosas.

Logo, alterações na forma de investigar estes delitos se fizeram necessárias. Essas mudanças se deram, principalmente, porque o *modus operandi* desses crimes dificilmente eram descobertos, fosse por meio de confissão, de flagrante ou de prova testemunhal. Geralmente, as evidências que eram apresentadas, além de insuficientes, geravam uma “saraivada sem fim de absolvições, até mesmo porque, nos casos pertinentes à macro criminalidade, imperam o forte código de silêncio”.

Pode-se dizer, portanto, que a colaboração premiada apareceu de forma emergencial visando o enfrentamento dos referidos crimes, já que o modo investigativo existente não o estava conseguindo fazer. Em apartado resumo, a colaboração premiada consiste em um instrumento de investigação criminal, que concede premiações para aquele que colaborar com as autoridades judiciais.

O instituto, que faz parte do ordenamento jurídico pátrio desde as Ordenações Filipinas, não é uma inovação do direito penal e do processo penal brasileiro. Foi durante esse período que o mecanismo passou a ser considerado um ato de traição, sendo, desde então, pouco utilizado. Contudo, com a crescente presença do direito externo no ordenamento pátrio, principalmente o direito americano e o direito italiano, a colaboração premiada foi reinserida no ordenamento jurídico brasileiro.

A *plea bargaining*, mecanismo negocial americano, tem um caráter altamente permissivo, que possibilita diversas comutações, como por exemplo a troca do crime de roubo qualificado pelo uso de arma de fogo por furto simples, o tráfico de drogas por uso de drogas, o homicídio doloso por culposo, etc. Já o *patteggiamento*, instituto italiano, é bastante regrado, principalmente no que concerne as possibilidades de utilização no seu sistema jurídico pátrio. Os dois mecanismos negociais contribuíram para que a delação premiada chegasse a sua atual normatização, ainda que, por um longo período, o instituto colaboracionista tenha permanecido em um limbo jurídico, com previsões em legislações esparsas e com uma fraca regulamentação.

A delação premiada, embora ainda não tivesse essa denominação, foi inicialmente prevista na Lei dos Crimes Hediondos (8.079/90). As leis Contra a Ordem Tributária (8.137), dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (7.492/86), dos Crimes de Lavagem de Bens, Direitos e Valores (9.613/98), da Proteção às Vítimas e Testemunhas (9.807/99) e de Drogas (11.343/06) também dispõe sobre a parte material do instituto. No entanto, foi a partir da Lei do Crime Organizado (12.850/13) que o mecanismo passou a ter uma maior padronização, regulando a sua parte processual e elencando algumas garantias ao colaborador. Essa previsão normativa fez com que a colaboração premiada transmitisse maior segurança jurídica, além de tornar possível a construção de um instituto mais sólido.

Desta forma, como ficará demonstrado no curso do trabalho, quando da aplicação do mecanismo fica evidente a necessidade de uma legislação mais elaborada e delimitada, evitando que se tenha um instituto tirano.

2 AS OBSCURIDADES E OS DEFEITOS DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada tem como finalidade a leniência da condenação para aqueles que decidem cessar as suas práticas delituosas, como explica Martinez, utilizando a lógica “da cenoura e do porrete” (*stick-and-carrot approach*). Segundo a autora, a expressão acima referida é uma metáfora para explicar o que acontece na prática da delação: garantir um tratamento mais brando (cenoura) para o indivíduo que optar por pôr fim à conduta e denunciar a prática (porrete). Para Moura, ainda que os dispositivos que preveem a colaboração premiada usem inúmeras

denominações, todos possuem a mesma finalidade, qual seja, recompensar o colaborador que contribuir com a autoridade policial e judiciária para apurar o delito. A colaborar com o exposto pelas autoras, Fonseca explica que o acusado irá analisar o custo benefício de passar por alguns percalços para alcançar a minoração da pena, ou, dependendo do caso, até a sua extinção.

Os dispositivos que versam sobre o instituto da delação premiada podem ser encontrados em diversos textos. Nessa direção, Carvalho definiu como “carnavalesco tratamento” a logística dispensada pelo legislador para a previsão da colaboração espontânea.

Devido ao grande número de instrumentos que preveem a delação premiada, pairam dúvidas sobre qual regramento será utilizado em cada caso, principalmente em cenários genéricos, onde há conflito de normas. Isto posto, Vasconcellos destacou duas indagações: a) qual o dispositivo deve ser aplicado para as questões de direito material; e b) qual o procedimento deve ser adotado para as questões processuais.

Quanto ao primeiro quesito, é de entendimento amplo por parte da doutrina, que o dispositivo a ser aplicado quanto as questões de direito material é a Lei 9.807/99, que dispõe sobre a proteção as vítimas e testemunhas. Nesse sentido, assentou o STJ (HC 97.509): “ O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção à Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício. ”

Em relação ao segundo questionamento, é sustentado que se deve aplicar o regime que for mais benéfico ao colaborador. Alguns autores, como Pereira, defendem se tratar da Lei 9.807/99 a mais favorável para o réu. No entanto, para Vasconcellos, em consonância com o que defende majoritariamente a doutrina, a Lei 12.850/13 é a saneadora quando se trata de questões processuais relativas a colaboração premiada. Segundo o autor, os dispositivos disponíveis anteriores a Lei da Organização Criminosa tratavam, em sua maioria, sobre os requisitos e benefícios da delação premiada, porém, em relação ao aspecto processual, ainda haviam grandes lacunas.

Dessa forma, ainda que a Lei 12.850/13 tenha sido a responsável por elucidar dúvidas não esclarecidas pelo legislador até a sua homologação, alguns aspectos permanecem controversos ou obscuros, suscitando um ambiente juridicamente

inseguro para quem recorre à delação premiada. Vasconcellos sustenta que mesmo que existam requisitos com a finalidade de controlar o instituto da colaboração premiada, eles não são suficientemente claros quanto a possibilidade de se criar o acordo ou não.

Acrescido a esses fatos, é importante destacar alguns problemas éticos do mecanismo negocial. A colaboração premiada se funda, principalmente, no incentivo, através de benefícios fornecidos pelo Estado, para que um agente delate outros infratores. A instigação a traição por parte do poder estatal ao acusado, por si só, fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, as regalias oferecidas aos colaboradores em troca de suas informações influenciam diretamente na estrutura da colaboração premiada. Isso porque esses benefícios nem sempre estão previstas na Constituição Federal, em desacordo com princípios fundamentais do direito penal e de um Estado Democrático de Direito, gerando um instituto pouco confiável e propício para coações e outras condutas ilegítimas.

O sujeito submetido ao processo penal, baseado no princípio da segurança jurídica, tem direito ao conhecimento prévio do procedimento a que será subordinado. Além disso, tem a garantia de que arcará com as consequências de suas ações e com a condenação por parte do Estado, que seguirá o que foi disposto pelo direito através de regras e leis já estipuladas. Na ausência dessas regras e leis específicas, é o detentor do poder – juiz, *parquet*, entre outros – o responsável pela condução processual, gerando insegurança jurídica, o que ocorre no caso da colaboração premiada.

Dentre as obscuridades da Lei 12.850/13, estão elencadas algumas inconsistências que, de acordo com a concepção de Bottini, impedem a efetiva aplicação do dispositivo e geram a insegurança jurídica. Logo, as indagações que merecem maior destaque são: a) qual o limite da delação que o acusado irá fazer? Ele deve confessar todos os crimes que cometeu ou apenas aqueles que dizem respeito a investigação em questão? b) qual a legitimidade para a desistência do Habeas Corpus e de outros recursos? c) quais as consequências decorrentes da quebra do acordo de colaboração por parte dos agentes do Estado? d) o colaborador pode estender os benefícios do acordo para as esferas do processo civil e do processo administrativo?

Para essas questões, cabem algumas considerações. Em relação a primeira indagação, referente aos limites do teor da colaboração, Malan em entrevista a

Rodas aduziu que a Lei 12.850/13 deve explicitar que o Ministério Público mostre ao acusado todas as provas que tem contra ele, a fim de que o investigado tome sua decisão de forma totalmente voluntária. Por conseguinte, fica claro que o agente não tem a obrigação de confessar todos os crimes que cometeu, mas apenas a de cooperar com aqueles que estão ligados a investigação a qual faz parte.

Quanto a segunda consideração, sobre até que ponto são legais as cláusulas que submetem o acusado a desistência ao Habeas Corpus e a outros recursos, Lopes alega que a maior parte das cláusulas de renúncia presente nos dispositivos que permeiam o instituto da colaboração premiada é ilegal. Segundo o autor, baseado no modelo Americano de *plea bargaining*, no qual o Ministério Público tem amplos poderes de negociação, foram determinadas cláusulas abusivas por parte do *parquet*, o que vai em sentido contrário ao sistema processual penal do Brasil. De acordo com Gesteira, ainda que o colaborador não queira fazer uso do direito ao recurso, esse deve estar disponível para ele. Por fim, o autor sustenta a impossibilidade de se abrir mão de um direito de forma prévia, sem saber pelo que será condenado em seguida.

Para a terceira problematização, que diz respeito aos efeitos da quebra do acordo por parte das autoridades, inexistem respostas. Isso porque não está prevista nenhuma sanção, caso haja um descumprimento do acordo por parte dos agentes do Estado.

O quarto questionamento, relativo a extensão de benefícios concedidos no âmbito penal para outras esferas do direito, de acordo com Melo, Nunes e Imhof, é possível. Segundo os autores, o acordo colaboracionista pactuado na esfera penal pode ser compartilhado na esfera cível-administrativa, desde que tenha cumprido com as imposições feitas pela lei. Dessa forma, os benefícios que ao delator forem concedidos, se estenderão as outras searas supramencionadas. Dutra acrescenta que as instâncias devem ser conectadas, sendo viável o compartilhamento de informações. Por outro lado, Dipp afirma que a colaboração premiada, instituto que versa sobre as condutas ilegais das organizações criminosas, está voltada ao direito penal, devendo os seus benefícios estarem restritos a ele também.

Acompanhando as questões suscitadas por Bottini, Morais expõe outras considerações sobre os limites que devem ser impostos para a eficácia plena da Lei

12.850/13. O autor enfatiza a necessidade de: a) uma *accountability*³ da colaboração; b) estipulação de critérios, que são: onde o agente colaborador irá fazer o acordo, como ele será feito e com quem ele fará a negociação; c) que sejam evitadas prisões com o fim de pressionar o acusado para que o acordo de colaboração seja realizado; d) impedir que os agentes responsáveis pela colaboração suscitem questões que não tem certeza quanto a veracidade ou, em outras palavras, “joguem verde”; e) aplicar corretamente o regramento, que deve ser formalizado e não apenas previsto, como encontra-se atualmente a situação normativa do dispositivo e determinar punições expressas para os indivíduos que as descumprirem .

Vasconcellos expõe outras problemáticas processuais do mecanismo negocial, quais sejam: a) a coação que sofre o agente para aderir a colaboração, que pode cominar na condenação de inocentes; b) a expansão do direito penal a partir do funcionamento da delação premiada; c) a ilusão do benefício que obtém o colaborador com o acordo e a distorção da sua relação com o advogado; e d) a distorção da estrutura do processo penal devido a inversão da carga probatória, que é de responsabilidade do imputado no mecanismo negocial.

Sobre essas assertivas, cabem algumas ponderações. Schünemann começa destacando, em relação ao primeiro quesito, a coercitividade com que age o poder estatal, impondo sanções mais gravosas para os agentes que se recusam a participar de uma negociação. Langbein acrescenta que a intimidação exercida na colaboração premiada se aproxima da ameaça que é imposta na tortura. Ainda que bem diferentes, o autor sustenta que tanto em uma situação, quanto na outra, se impõem medidas severas no caso de não cooperação. Bovino ratifica, alegando que o presente mecanismo negocial “não foi projetado para ser utilizado aos réus confessos, mas para gerar réus confessos a quem aplicá-lo”. Esses fatores, portanto, culminam no problema exposto acima. Ao ser coagido a colaborar com a persecução penal, o imputado pode acabar por delatar inocentes.

Sobre o segundo questionamento, cabe destacar que a celeridade que acompanha a colaboração premiada, acrescida da redução do dever de produção de

³ Responsabilidade com a ética. Em outros termos, uma prestação de contas, que passa a ideia de transparência (tradução livre).

provas incriminatórias, visam esconder o problema que a utilização de mecanismos negociais acarreta, ou seja, o desenfreado crescimento do processo penal. Nesse liame, as penalidades impostas a partir da negociação, transmitem a falsa impressão de agilidade, fazendo parecer que os problemas sociais estão sendo resolvidos.

Em relação ao terceiro ponto exposto, Alschuler afirma que “o sistema negocial é um método inerentemente irracional de administração da justiça e necessariamente destrutivo às relações entre cliente e advogado”. Isso porque, dificilmente a defesa técnica não concordará com o acordo, ainda que a conjuntura seja benéfica para o réu. Por fim, Vegezzi complementa: “a existência da barganha coloca os acusados em uma situação de conflito que pode se resolver por meio da negociação. Isso não significa que a situação tenha melhorado, e que a partir da previsão dos mecanismos negociais os réus tenham uma melhor possibilidade de solução, mas que, ao contrário, eles devem pagar pela ineficiência do Estado para processá-los adequadamente com a renúncia coagida de suas garantias constitucionais”.

O quarto tópico, e uma das críticas mais importantes ao instituto da colaboração premiada, diz sobre o ônus probatório ser quase que integralmente de responsabilidade do réu, por ser dele o encargo de comprovar a acusação. Dessa forma, o poder estatal fica dependente da colaboração do imputado, tendo em vista a sua incompetência em colher evidências concretas que provem a participação no delito. Destarte, Lamy acrescenta: “o ponto central da crítica é que a delação apenas justifica investigações deficientes, sendo um paliativo à parca atuação do estado”. A partir disso, o processo penal resta com a sua estrutura distorcida, não sendo mais projetado a partir de um sistema acusatório em razão do esvaziamento da função da acusação, que se funde com a defesa, e do papel do magistrado, que passa a ser de mero instrumento de homologação do acordo.

Acrescentando as colocações dos autores anteriores, Wunderlich, Rassi e Taffarello também expõe os seus questionamentos sobre o instituto da colaboração premiada. Dentre as suscitações, cabem destacar: a) a possibilidade da criação de acordos, tendo em vista a ausência normativa do dispositivo; b) a legitimidade do vazamento seletivo de informações, que visam acelerar a negociação do acordo; c) a possibilidade do uso indevido de informações e quais as consequências para esse ato; d) a legalidade do adiamento da negociação do acordo de colaboração, pretendendo a obtenção de uma sentença penal condenatória que vise uma

colaboração tardia, resultando na restrição dos prováveis benefícios a serem negociados; e) a legitimidade da rejeição do acordo de colaboração premiada, sem que essa seja motivada ou fundamentada e a necessidade para que haja um prazo para o cancelamento do acordo; f) a legalidade da proibição de impugnação judicial do acordo pelo colaborador ou por terceiros; g) a constitucionalidade da fixação de cláusulas de execução imediata, ainda que não haja denúncia contra o colaborador e que este não esteja sendo criminalmente processado; h) a admissibilidade da vedação ao colaborador de fazer uso do duplo grau de jurisdição; l) a legitimidade do levantamento de sigilo do acordo de colaboração premiada, sem motivo relevante.

Na sequência, Wunderlich ainda destaca dois aspectos bastante problemáticos da Lei 12.850/13: a impossibilidade de impugnação de maneira genérica de (a) cláusulas presentes no acordo de colaboração e de (b) decisões judiciais decorrentes do acordo. A dúvida, que anteriormente fora abordada por outros autores, até mesmo no presente texto, é sobre a legalidade de tais imposições, visto que elas podem representar uma renúncia aos direitos fundamentais do colaborador.

Quanto ao primeiro aspecto, Alencar defende que ao abrir mão de um direito fundamental, o imputado estará na verdade fazendo uso do direito. Ele defende que através da liberdade individual, o colaborador escolheria algo mais benéfico para si, renunciando o direito de impugnar o acordo. Ademais, segundo o autor, a renúncia não poderá ser “permanente e irreversível”, pois dessa forma ocorreria a extinção completa do direito. Neste caso, como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a impugnação é inconstitucional, pois a mesma viola a garantia do acesso à Justiça, elencada no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Sobre o segundo tópico, Vasconcellos explicita a necessidade de que a cláusula que versa sobre a impossibilidade de se impugnar decisões judiciais decorrentes do acordo de colaboração seja igualmente refutada. Para ele, a presente vedação facilita que práticas ilegais sejam corriqueiras no instituto da colaboração premiada, tendo em vista que isso impede os Tribunais de efetivamente controlarem os acordos.

Para Mendonça e Dias, se o acordo contiver cláusula que verse sobre a não recorribilidade de decisões com teses que contrariem o conteúdo do acordo, essas cláusulas são legais. Porém, ainda consoante com os autores, “a renúncia prévia e indiscriminada ao direito de recurso seria inconstitucional, por ferir o núcleo

essencial da garantia à ampla defesa e ao contraditório, fulminando o direito de acesso à Justiça e o duplo grau de jurisdição.”

Por fim, Wunderlich reafirma a inconstitucionalidade da cláusula de renúncia genérica sobre impugnação de decisões judiciais. Porém, no que concerne as cláusulas de renúncia de impugnação do acordo, considera que em alguns casos elas podem ser permitidas. O autor ainda expõe alguns outros tópicos que poderiam ser discutidos, como “juízos de tipicidade, questões patrimoniais, multas, dosimetria e formas de cumprimento de pena, aplicação dos benefícios de execução da premiação” e sustenta que não se pode querer impor uma postura apática por parte do colaborador por tudo que está em jogo no caso de um acordo de colaboração premiada.

Não obstante, mas complementando o que foi exposto anteriormente, Vasconcellos faz algumas reflexões sobre os benefícios concedidos aos delatores e a falta da aplicação legislativa nessa seara. O autor inicia explicando que a prática de oferecer premiações não previstas em lei para o acusado, embora se pense nisso como um ponto positivo, pode incentivar “condutas ilegítimas e indevidas coações ao eventual delator”.

Dentre as bonificações totalmente antagônicas as leis, podem-se citar: (a) as progressões de regime, que costumam ultrapassar o máximo de dois terços mencionado na legislação; (b) os regimes de cumprimento de pena, que, como explica Lopes “destoam totalmente do previsto no CP e na LEP, criando uma execução penal *a la carte*”; (c) a imunidade penal a familiares do delator, ainda que as consequências derivadas dos acordos devam ser individualizadas; e (d) a pena de multa, que não possui previsão normativa.

Como visto, a colaboração premiada pode ser muito relevante, contanto que seja utilizado seguindo as regras que o permeiam. Por outro lado, Suxberger e Mello argumentam que “o problema não reside nos institutos em si, mas no abuso ou no mau uso destes”. Já Giacomolli acredita que pouco importa a boa-fé dos julgadores, pois a delação premiada distorce as premissas básicas do processo penal, causando prejuízos ainda maiores do que benefícios.

Quando aplicada, a delação premiada se mostrou tecnicamente intrincada e ocasionalmente surgem problemas que tem de ser resolvidos pelos Tribunais Superiores, devidos aos inúmeros defeitos que o dispositivo apresenta. Rieger defende que o instituto “deveria, portanto, ser expurgado do ordenamento jurídico

brasileiro”. Vasconcellos acompanha a autora, justificando as inúmeras incongruências que o mecanismo apresenta. No entanto, o autor sustenta que, se não houver essa possibilidade, a colaboração premiada deve ser usada de maneira excepcional, com critérios rígidos que a limitem. Já para Lopes, a complexidade do instituto é tanta, que o ideal seria a criação de uma nova legislação que dispusesse apenas sobre a colaboração premiada.

Por fim, as propostas de reforma do Código de Processo Penal e do Código Penal que preveem dispositivos consensuais, seguem os passos da ausência de limitação das legislações que dispõem sobre a colaboração premiada. No projeto de alteração do Código de Processo Penal (PLS 156/09 e PL 8045/10), que atualmente se encontra na Câmara dos Deputados, o artigo 283⁴ prevê o “procedimento sumário” que respalda a “aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos”, impondo a necessidade de ser fixada no seu mínimo, após a colaboração do imputado. O legislador atuou, nesse caso, de forma temerária e foi na contramão da tendência de limitar a atuação dos dispositivos negociais, através de um texto normativo bastante confuso. No que diz respeito ao projeto de modificação do Código Penal (PLS 236/12), o artigo 105⁵

⁴ Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo; III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas. § 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código. § 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. § 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo. § 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo. § 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais. § 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo. § 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória. § 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

⁵ Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes

previa um instituto intitulado “barganha”, que poderia ser aplicado a qualquer delito ou pena, já que não limitava a aplicabilidade em seu texto legal. Esse dispositivo, porém, foi excluído do projeto, com base no Parecer 1576/2013, sob o argumento de que não era adequado elencar o instituto em um código de direito material.

As críticas, por parte da doutrina, para esses dispositivos são contundentes. Isso porque, projetos como os expostos anteriormente, que buscam a ampliação desmedida dos mecanismos de justiça negocial, sem levar em consideração os limites pelos quais clama o ordenamento jurídico brasileiro, devem ser refutados. Por outro lado, o panorama contemporâneo do ordenamento jurídico penal pátrio se mostra favorável a aceitação e a expansão da aplicação do mecanismo da colaboração premiada.

Por fim, é importante destacar que os problemas encontrados no mecanismo da colaboração são inúmeros e não se restringindo aos anteriormente elencados. À vista disso, o tema não foi esgotado.

3 CONCLUSÃO

O propósito do presente trabalho foi o de analisar a colaboração premiada e verificar a sua utilização como instrumento para a obtenção de benefícios ao colaborador, visando a atenuação ou a extinção da sua possível condenação. O entendimento, após extensa pesquisa, é de que o instituto poderá ser usado para a tutela de um agente, desde que algumas mudanças sejam feitas, de forma a evitar que o regramento seja contaminado por atos arbitrários por parte de seus operadores.

O mecanismo colaboracionista, mesmo que não assim denominado, não é uma inovação no direito pátrio. Como exposto quando abordada a evolução histórica da delação premiada, o instituto vem sendo aplicado desde a época do Brasil

da audiência de instrução e julgamento. § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º deste artigo; III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas. § 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código. § 3º Fica vedado o regime inicial fechado. § 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal.

Colônia. Nesse período, porém, o mecanismo negocial não contava com o prestígio da população, sendo pouco utilizado e chegando até a ser associado com a traição.

Por influência do direito americano e do direito italiano, a colaboração premiada foi reinserida no Brasil. Cada mecanismo possui, porém, suas peculiaridades. A *plea bargaining*, modelo americano, é um instituto pouco seguro, no qual o Ministério Público opera com total discricionariedade tanto no que se refere as premiações ofertadas, quanto a sua atuação. Já o *patteggiamento*, instituto italiano, é bastante delimitado, possuindo regras muito claras e específicas. Considera-se assim, esse o modelo mais adequado para a aplicação em casos concretos, tendo em vista a segurança jurídica que oferece.

Diante disso, o direito comparado trouxe a recolocação da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio, inicialmente elencando o instituto de forma esparsa na legislação, até encontrar a sua base processual na Lei das Organizações Criminosas (12.850/13). Desta forma, ainda que algumas outras leis elenquem a parte material da colaboração premiada, o presente estudo funda-se, especialmente na Lei do Crime Organizado, visto que esta é considerada uma evolução normativa se comparada com as previsões anteriores, porém, ainda insipiente no que tange a segurança jurídica.

Conforme o teor da Lei 12.850/13, a delação premiada é um método especial de investigação, que possui natureza jurídica de negócio jurídico processual, na qual o agente decide, de forma voluntária, cooperar com a perquirição penal, concedendo informações privilegiadas sobre um crime realizado por uma organização criminosa que atinja algum dos resultados previstos no regramento, em troca de premiações.

O Estado é representado no instituto pelo Delegado de Polícia ou pelo Ministério Público. A discussão doutrinária quanto a legitimidade de participação destas partes na negociação do acordo é contundente, tendo em vista que a legislação não delimitou a legalidade de suas participações.

Outra problemática presente na Lei 12.850/13 é a falta de limitação quanto ao momento de pactuação do acordo. O dispositivo diferencia se a celebração ocorreu antes ou depois da sentença pelas premiações que oferece, sem dispor sobre como deve ser efetuado o procedimento.

Os benefícios que poderão ser ofertados ao agente também são bastante questionados pela doutrina, pois é prática corriqueira a estipulação, por parte do *parquet*, de regimes de prisão ou penas que não as previstas no ordenamento

jurídico pátrio. É importante, para que se evite a arbitrariedade no instituto, que o Ministério Público cumpra apenas o disposto no regramento, sem atuar como legislador.

Desta forma, com base nos pontos abordados na pesquisa, é possível auferir que a maior parte dos debates doutrinários gira em torno de pontos não limitados pelo instituto colaboracionista. Por esse motivo, tem-se que o regramento atual da delação premiada não permite que se utilize o mecanismo negocial de forma juridicamente segura.

Para que a colaboração premiada seja utilizada de forma eficaz, é de suma importância que a sua legislação sofra alterações. A saída é o estudo e o aperfeiçoamento de regras que, ao delimitarem o instituto, o tornem mais seguro para aqueles que dele farão uso. Se solucionados os aspectos controversos do mecanismo negocial, impondo limites ao regramento e reforçando o papel do advogado, como garantidor das “regras do jogo”, a colaboração premiada poderá ser considerada um legítimo instrumento negocial, que possibilita a concessão de benefícios a quem se dispuser a prestar informações consistentes.

Por fim, ainda que apresente falhas, a Lei das Organizações Criminosas não pode ser desconsiderada, visto que constitui importante evolução normativa. Isto posto, a proposta é que a legislação que elenca a delação premiada seja limitada ao máximo, não deixando brechas interpretativas, tampouco permitindo que os órgãos estatais atuem sem regra que os conduza, e com a previsão de sanções contundentes para as partes no caso de descumprimento do acordo. Com um mecanismo negocial limitado e um regramento cristalino, acredita-se que os atos arbitrários não serão mais parte da colaboração premiada, gerando um método juridicamente seguro de defesa.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Paulo Wunder. **Justiça Penal Negociada**. O processo pelas partes. Dissertação [mestrado]. FGV, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16455/Dissertação%20Mestrado%20FGV%20-%20versão%20final%20protocolada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 maio 2018.
- ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining. **Yale Law Journal**, v. 84, n. 6, p. 1180, maio 1975.
- BOTINNI, Pierpalo Cruz. Delação precisa de limites para não servir como instrumento de arbítrio. **Consultor Jurídico**, 4 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-04/direito-defesa-delacao-limites-nao-instrumento-arbitrio>>. Acesso em: 2 maio 2018.
- BOUZA, Thiago B. A colaboração premiada como um ilegítimo sistema de trocas. In: MENDES, Soares da Rosa (Org.). **A Delação/Colaboração Premiada em Perspectiva**. Brasília: IDP, 2016. p. 101.
- BOVINO, Alberto. Procedimento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comp.). **El Procedimiento Abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- BRASIL, STF. **Pet. 5.244/DF**. Min. Teori Zavascki. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet_5244.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.
- _____. **HC 97.509/MG**, 5ª Turma. Min. Arnaldo Esteves Lima. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10726581&num_registro=200703072656&data=20100802&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 maio 2018.
- BRITO, Michelle B. **Delação Premiada e Decisão Penal**: da eficácia à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- CARVALHO, Natália O. **A delação Premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. **AJURIS**, v. 37, n. 117, p. 274-5, mar. 2010.
- DIPP, Gilson. **A Delação ou Colaboração Premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015.
- DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais. **PHRONESIS – Revista do Curso de Direito da FEAD**, n. 4, p. 71, jan./dez. 2008.
- FONSECA, Cibele Benevides G. da. **Colaboração Premiada** – criminalidade organizada, colaboração premiada no Brasil, aspectos procedimentais, direitos e garantias do réu colaborados, direitos e garantias do delatado e análise econômica da colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- GESTEIRA, Leandro. Delação Premiada e a ampla defesa: o acordo de Paulo Roberto. **Canal Ciências Criminais**, 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/delacao-premiada/>>. Acesso em: 10 maio 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Luiz F; SILVA, Marcelo R. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. **Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 1, p. 12-3, 1978.

LIMA, Paulo A. M. A prova diabólica no processo penal. In: SALGADO, Daniel de R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Orgs.). **A Prova no Enfretamento à Macrocriminalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 147, 149.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prefácio. In: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCrim, 2015. p. 14.

_____. **CPMI da JBS**, TV Senado, 21 nov. 2017. Audiência Pública. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GI Dgc0LQUkk&feature=youtu.be>>. Acesso em: 11 maio 2018.

MARQUES, Rosa Lúcia. **Colaboração Premiada – Procedimento: A insuficiência de regras na lei nº 12.850/13**. p. 55.

MARTINEZ, Ana Paula. **Parâmetro de Negociação de Acordo de Leniência com o MPF à Luz da Experiência do CADE**. MOURA, M. T. A.; BOTTINI, P. C. **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 33.

MELO, V.; NUNES, F. M. B.; IMHOF, C. Extensão de prêmios da colaboração a ação de improbidade é possível. **Consultor Jurídico**, 7 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/opiniao-valido-estender-premios-delacao-acao-improbidade>>. Acesso em: 11 maio 2018.

MENDONÇA, Andrei Borges de; DIAS, Fernando Lacerda. A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). **Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 139-41.

MOURA, Maria Thereza R. A. Delação premiada. **Revista Del Rey Jurídica**, Belo Horizonte, ano 8, n. 16, p. 69, 1º sem. 2006.

OLIVEIRA, Marlus Arns de. **O Papel do Juiz na Colaboração Premiada**. Disponível em: <<http://arnsdeoliveira.adv.br/artigos/o-papel-do-juiz-na-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 16 maio 2018.

RIEGER, Renata J. C. Breves considerações sobre o instituto da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro. **Bonijuris**, v. 20, n. 537, p. 10, ago. 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **CPMI da JBS**. TV Senado. Audiência Pública, 21 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GI Dgc0LQUkk&feature=youtu.be>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

RODAS, Sérgio. “No sistema brasileiro, a delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica”. **Consultor Jurídico**, 25 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrj-uerj>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La Expansión del Derecho Penal**. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua (des)conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). **A Delação/Colaboração Premiada em Perspectiva**. Brasília: IDP, 2016. p. 43.

SANTOS, Marcos Paulo D. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 308.

SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 211, jan./abr. 2017.

TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. **Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, v. 3, n. 5, p. 281, 2006.

VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à Delação Premiada: uma análise através do garantismo penal**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

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

_____. Barganha no Processo Penal e o Autoritarismo “Consensual” nos Sistemas Processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 953, p. 261-79, 2015.

_____. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VEGEZZI, Santiago. Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comp.). **El Procedimiento Abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 349.

WUNDERLICH, A.; RASSI, J. D.; TAFFARELLO R. F. Doze perguntas sobre a Colaboração Premiada. **JOTA**, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/doze-perguntas-sobre-a-colaboracao-premiada-10112017>>. Acesso em: 22 maio 2018.

WUNDERLICH, Alexandre. **Colaboração Premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos**. MOURA, M. T. A.; BOTTINI, P. C. **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 19, 27.