

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
Fernanda Serravite de Oliveira

**COLABORAÇÃO PREMIADA: reflexões sobre o seu valor probatório à
luz da Lei 12.850/2013**

Juiz de Fora
2017

Fernanda Serravite de Oliveira

**COLABORAÇÃO PREMIADA: reflexões sobre o seu valor probatório à
luz da Lei 12.850/2013**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal sob orientação da Prof.(a) Dr.(a) Marcella Alves Mascarenhas Nardelli.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Fernanda Serravite de Oliveira

COLABORAÇÃO PREMIADA: reflexões sobre o seu valor probatório à luz da Lei 12.850/2013

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof. Dra. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Kelvia de Oliveira Toledo
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 14 de Novembro de 2017.

RESUMO

Resultado de uma tendência de Justiça Consensual, a colaboração premiada é um meio especial de obtenção de prova que auxilia a persecução penal em crimes de maior complexidade, como os que envolvem organizações criminosas. Nesse sentido, o presente artigo tem como propósito a análise do valor probatório deste instituto a partir da Lei 12.850/2013, tendo como norte a necessidade de sua utilização dentro dos limites legais e de maneira cautelosa, uma vez que tendente a suprimir direitos fundamentais constitucionais.

Palavras-chave: Colaboração premiada; meio de obtenção de prova; valor probatório

ABSTRACT

Result of a Consensual Justice trend, an award-winning collaboration is a special means of obtaining evidence that assists criminal prosecution of more complex crimes, such as those involving criminal organizations. In this sense, the purpose of this article is to analyze the probative value of this institute from Law 12.850/2013, taking into account the need for its use within the legal limits and in a cautious way, since it tends to suppress fundamental constitutional rights.

Keywords: Award-winning collaboration; means of obtaining evidence; probative value

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 ACORDOS – NOVO PARADIGMA DO PROCESSO PENAL	6
2.1 Colaboração Premiada – uma decorrência da “Justiça Consensual”	9
3 COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS – LEI 12.850/13	12
4 O VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	18
CONCLUSÃO.....	24
REFERÊNCIAS.....	25

1. INTRODUÇÃO

O Processo Penal, campo do direito processual em que o interesse público se mostra mais evidente, tem sentido cada vez mais as influências de um movimento de justiça consensual. Esse movimento, respaldado na constatação da incapacidade do Estado contemporâneo em responder de forma eficaz as demandas que assolam o Poder Judiciário¹, tem como um de seus desdobramentos a colaboração processual.

A possibilidade de utilização da colaboração processual no processo penal brasileiro não é propriamente uma novidade. Há em nosso ordenamento jurídico uma série de dispositivos que preveem a utilização das declarações de um investigado ou acusado como meio de obtenção de provas. Todavia, foi a partir da Lei 12.850/2013 que o sistema penal brasileiro passou a prever uma nova modalidade de colaboração processual, a chamada “colaboração premiada”, instituto diferente de outros mecanismos já existentes como a confissão e a delação premiada.

A referida lei, denominada Lei de Organizações Criminosas, prevê vários meios especiais de obtenção de provas entre os quais, a colaboração premiada. Este instituto, utilizado como uma forma de garantir maior eficiência às investigações e, conseqüentemente, maior eficiência à persecução penal, porém, não é aplaudido pela unanimidade da doutrina. A partir dessas críticas sobre o mérito da colaboração premiada, surge a questão do valor probatório que poderá ser atribuído às provas obtidas através desse mecanismo.

Assim sendo, o enfoque desse estudo é a análise do valor probatório desse instituto à luz da Lei 12.850/2013. Mais precisamente, a questão a ser discutida é se as declarações obtidas através da colaboração seriam capazes de, por si só, afastarem o estado constitucional de inocência do investigado ou acusado.

Essa abordagem se reveste de extrema importância, uma vez que a atribuição de valor probatório elevado à colaboração e aos elementos por meio dela obtidos é medida que pode gerar altos riscos para o garantismo processual. Em outras palavras, a utilização do instituto de forma indiscriminada para auxiliar a persecução penal pode levar ao sacrifício de importantes princípios fundamentais consagrados pela Constituição Federal, como o da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e da obrigatoriedade da ação penal pública.

¹ PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.81.

Para tanto, será explorada a origem da colaboração premiada, sua natureza jurídica e demais aspectos técnicos explicitados pela Lei de Organizações Criminosas. Tudo isso para compreender seus objetivos e sua razão de ser, de modo a justificar a necessidade de sua adoção a despeito da reprimenda de muitos autores.

Por último, como decorrência do destaque midiático dado à colaboração premiada no contexto da Operação Lava Jato - a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro já existente em nosso país - serão feitas algumas observações e críticas à forma como o instituto vem sendo utilizado.

2 Acordos - novo paradigma do Processo Penal

O sistema da Justiça Penal tem enfrentado nos últimos tempos uma crise grave e generalizada. Referida crise é resultado de uma justiça morosa e, conseqüentemente, incapaz de atender ao crescente número de demandas. Esse cenário fez com que o povo perdesse a confiança nas instituições de direito, principalmente nas ligadas à justiça criminal, uma vez que esta se mostrou incapaz de atender aos anseios comunitários.² A partir desse panorama, o jurista português Jorge de Figueiredo Dias, em análise do modelo de processo penal que vigorava em seu país e ciente da necessidade de adequação do referido modelo às transformações ideológicas, culturais e sociais dos tempos pós-modernos, afirmou:

Num paradigma que, não deixando de assinalar ao processo penal uma característica adversarial, deve dar passos decisivos na incrementação, em toda a medida possível, de estruturas de consenso em detrimento de estruturas de conflito entre os sujeitos processuais; como forma de oferecer futuro a um processo penal dotado da eficiência funcionalmente orientada indispensável à ultrapassagem da atual sobrecarga da justiça penal, sem menoscabo dos princípios constitucionais adequados ao Estado de Direito.³

O paradigma referido pelo autor português é dominante no processo penal dos Estados Unidos da América e da Grã-Bretanha. O princípio da oportunidade, regente da persecução penal nesses países, confere ao Ministério Público poderes para condução do processo penal através de ferramentas como a *plea bargaining* e a *guilty plea*, seguindo a

² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de Direito ou um novo "Princípio?"* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 13.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos...* cit., p. 16.

linha de sistemas que apoiam a negociação entre acusação e defesa direcionadas à solução do conflito penal.⁴

A plea bargaining, em uma definição suficientemente abrangente, é:

a negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).⁵

Esse instituto norte-americano, embora sempre mencionado quando o assunto é justiça negociada, não esgota a temática nem com ela se confunde. Assim, não apenas o instituto da *plea bargaining*, mas o modelo de justiça negociada do qual ela é uma decorrência, tem influenciado diversos ordenamentos da Europa Continental e da América do Sul, submetidos a um modelo de *civil law*, a certas tentativas de consensualização processual penal.⁶

Todavia, esse movimento de justiça penal consensual não está imune a críticas. Isso porque nem sempre as soluções denominadas consensuais são reflexo de uma verdadeira autonomia de vontade do imputado. Muitas vezes, o indivíduo se vê diante de apenas duas alternativas oferecidas pelo juiz ou pelo Ministério Público, quais sejam, fazer um acordo ou aceitar os riscos do processo.⁷ Nesse sentido, assevera Aury Lopes Jr que “não existe nada mais repugnante que, ante frustrados protestos de inocência, ter que decidir entre reconhecer uma culpa inexistente, em troca de uma pena menor, ou correr o risco de submeter-se a um processo que será desde logo desigual”.⁸

Seguindo com as críticas, o autor aponta que o sistema negocial viola os seis princípios basilares do garantismo penal, quais sejam: a jurisdicionalidade, inderrogabilidade do juízo, separação das atividades de acusar e julgar, presunção de inocência, contradição e fundamentação das decisões judiciais. Em outras palavras, defende que esse sistema colocaria fim a um processo judicial justo.⁹ Ademais, afirma que essas negociações desvirtuam

⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). *Revista dos Tribunais*, v 879, 2009, p.3.

⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007. p.20.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos... cit.*, p. 16.

⁷ PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.88-89.

⁸ LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.121-122.

⁹ LOPES JR., Aury. Justiça Negociada... cit., p.117-118.

completamente o juízo contraditório, transformando o órgão acusador em um instrumento de pressão.¹⁰

Em contrapartida, os adeptos da validade dos acordos sobre a sentença afirmam que os mesmos possibilitariam a restauração da paz jurídica de forma muito mais célere, devendo ser garantido, entretanto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais e da posição jurídica processual do arguido.¹¹

Partidário da ideia de validade com as ressalvas destacadas, Figueiredo Dias, afirmou:

Pelo o que a todos quantos perguntem qual é, em último termo, o fundamento jurídico constitucional em que assenta a validade de um instituto como o dos acordos sobre a sentença, deve responder-se, sem ênfase, que ele reside no princípio jurídico-constitucional do favorecimento do processo.¹²

Insta salientar que, apesar de defender institutos como o dos acordos sobre a sentença, Figueiredo Dias acredita que sua validade e admissibilidade não podem estar dissociadas de princípios e limites irrenunciáveis do processo, como o dever de instrução da causa sob julgamento. Dessa forma, sendo a confissão do acusado pressuposto essencial de qualquer acordo sobre a sentença, não deve o juiz deixar de adotar qualquer diligência necessária ao esclarecimento de sua credibilidade.¹³ Outra questão elucidada pelo autor é a imprescindibilidade da publicidade dos acordos, permitindo que estes sejam controlados pelas partes do processo.¹⁴

Partindo-se do pressuposto de que a consensualização das decisões judiciais é uma tendência global, decorrente da necessidade de modificação dos sistemas processuais altamente sobrecarregados pela demora da prestação jurisdicional, devem ser buscadas regras que estabeleçam a manutenção das garantias processuais. Como destaca o jurista português, “a referida admissibilidade depara com sentidos que não podem ser descaracterizados e com limites que não podem ser ultrapassados, impõe uma compreensão e uma conformação que se tornem penhores da sua constitucionalidade e legalidade”.¹⁵

¹⁰ LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada... cit.*, p.120-121.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos... cit.*, p. 31-32.

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos... cit.*, p. 38.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos... cit.*, p. 45.

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos... cit.*, p. 71.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos... cit.*, p. 43.

2.1 Colaboração Premiada – uma decorrência da “Justiça Consensual”

Foi nesse contexto de sistema de “justiça consensual”, ao lado de medidas despenalizadoras, que ganhou destaque o instituto da colaboração premiada. Segundo Nicolao Dino¹⁶:

(...) a colaboração premiada consiste, basicamente, na negociação entre agentes do Estado, em especial o acusador público, de um lado, e o infrator, de outro, com vistas à obtenção de elementos úteis para a plena elucidação de fatos criminosos e a participação de outros indivíduos. Na colaboração premiada, de um modo geral, negocia-se assunção de culpa mediante compensação, a qual, a seu turno, consiste na mitigação da resposta estatal à conduta infracional objeto de persecução.

A colaboração premiada, considerada em sua concepção atual, teve como inspiração institutos próprios de países da *commom law*, como a *plea bargaining* norte-americana. Apesar disso, o seu acolhimento nos sistemas processuais de *civil law* levou à adoção de procedimentos formal e materialmente bem distintos dos institutos de justiça consensual que lhe serviram de estímulo.¹⁷

A colaboração premiada, base negocial de assunção de culpa, pode ser identificada tanto na fase pré processual, repercutindo na imputação, quanto na fase processual, situação em que repercutirá na atribuição de pena.¹⁸

Na década de setenta, a Itália, país integrante da *civil law*, introduziu a colaboração premiada inicialmente como estratégia de otimização de enfrentamento do terrorismo. Posteriormente, passou a utilizá-la como forma de combate ao crime organizado. De acordo com Márcio Barra Lima¹⁹, foi especificamente o modelo italiano de colaboração premiada que inspirou o legislador brasileiro a adotar tal instituto em nosso ordenamento jurídico.²⁰

¹⁶ DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 440.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 133, 2017, p. 7.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada... cit., p.7.

¹⁹ LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno et alii. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Juspodivm e ESMPU, 2010, p. 273.

²⁰ DINO, Nicolao. A colaboração premiada... cit., p.441.

A colaboração premiada, como o próprio nome já indica, é um instituto premial, isto é, oferece uma recompensa para aquele que colabora com as investigações. A ideia de premiar aquele que colabora com o processo penal, já havia sido analisada no século XVIII por Beccaria, sendo essas as suas palavras:

Alguns tribunais oferecem a impunidade àquele cúmplice de delito grave que denuncie seus companheiros. Tal expediente tem seus inconvenientes e suas vantagens. Os inconvenientes são que a nação autoriza a traição, detestável mesmo entre os celerados, porque são menos fatais a uma nação os delitos de coragem que os de vileza: porque a coragem não é frequente, já que só espera uma força benéfica e diretriz que a faça concorrer ao bem público, enquanto a vileza é mais comum e contagiosa, e sempre mais se concentra em si mesma. Ademais, o tribunal revela sua própria incerteza, a fraqueza da lei, que implora a ajuda de quem os ofende. As vantagens consistem na prevenção dos delitos importantes que, por terem efeitos evidentes e autores ocultos, atemorizam o povo; além disso, se contribui para mostrar que quem não tem fé nas leis, isto é, no público, é provável que também não confie no privado. Parece-me que uma lei geral que promettesse a impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito seria preferível a uma declaração especial num caso particular, porque assim preveniria as uniões pelo temor recíproco que cada cúmplice teria de se expor sozinho e o tribunal não faria homens audaciosos, dos celerados que se vissem chamados a ajudar num caso particular. Uma tal lei, portanto, deveria unir a impunidade ao banimento do delator... Mas em vão me atormento para destruir o remorso que sinto autorizando as leis sacrossantas, monumentos da confiança pública, base da moral humana, à traição e à dissimulação.²¹

A desaprovação do instituto estaria pautada na crença de muitos autores de que o mesmo estaria alicerçado em ausência de ética, excessivo utilitarismo, violação do direito à não autoincriminação e, sobretudo, na incapacidade do Estado no combate ao crime e no controle social.²²

Ademais, crítico da colaboração processual, Luigi Ferrajoli²³ ressalta que esse instrumento de negociação na seara penal, constitui o oposto ao contraditório, que é próprio do modelo acusatório, numa situação discriminatória e de desequilíbrio entre as partes, com nítida desvantagem para o acusado. Nesse sentido, Ferrajoli²⁴ afirma:

Entende-se que essa discricionabilidade e disponibilidade – que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (*plea bargaining*) da declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em

²¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 124.

²² DINO, Nicolao. A colaboração premiada... cit., p. 442.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 523-524.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...* cit., 523-524.

troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais – representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo.

Tratando especificamente do ordenamento jurídico brasileiro, autores como Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato destacam ainda o fato de o instituto da colaboração ter sido importado de outros países sem, no entanto, levar em consideração a diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam.²⁵ Essa diferença entre ordenamentos fica evidente quando constatamos que nos Estados Unidos os acusados, assim como as testemunhas, prestam compromisso de dizer a verdade, podendo responder pelo crime de perjúrio em caso de descumprimento. Já no sistema brasileiro, em decorrência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, isto é, do direito constitucional de não produzir provas contra si mesmo, o acusado não é obrigado a dizer a verdade, nem compelido a prestar compromisso, não respondendo, assim, pelo crime de falso testemunho. Particularmente, no caso da colaboração premiada, o colaborador renunciará ao direito ao silêncio, não sendo obrigado, porém, a responder todas as perguntas feitas. De acordo com as palavras dos supracitados autores:

essa circunstância, por si só, desvirtua completamente o instituto da delação premiada, pois, descompromissado com a verdade e isento de qualquer prejuízo de sacrificá-la, o beneficiário da delação dirá qualquer coisa que interesse às autoridades na tentativa de beneficiar-se.²⁶

Por sua vez, existem autores que acreditam ser a colaboração premiada uma forma encontrada pelo Estado para cumprir compromissos relevantes, como promover a ordem social, garantir a segurança e estabilizar relações conflituosas. Dessa forma, o Estado deveria se valer de instrumentos que não violem direitos, mas que assegurem a efetividade dos mecanismos de controle e repressão, proporcionando justa resposta aos ilícitos que afetam bens jurídicos relevantes e preservando a confiabilidade do corpo social. A partir dessa lógica, Nicolao Dino²⁷ defende que:

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.116.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários... cit.*, p.119.

²⁷ DINO, Nicolao. *A colaboração premiada... cit.*, p. 444.

o instituto da colaboração premiada afigura-se plenamente compatível com o sistema de proteção e promoção de bens e valores sociais e individuais, e com as balizas do Estado de direito, mas sem perder de vista a urgente e fundamental necessidade de se assegurar funcionalidade e eficiência ao Estado na tarefa de responder à criminalidade, em especial à criminalidade organizada, tutelando, com isso, de modo mais efetivo, as legítimas aspirações da sociedade.

Apesar das inúmeras críticas feitas ao acordo de colaboração, o mesmo tem se mostrado, muitas vezes, necessário para a satisfação dos anseios sociais por uma justiça mais célere e coerente com o princípio da duração razoável do processo. Em suma, não se deve eliminar nem banalizar a utilização do instituto, aplicando-o apenas em situações em que sua presença se faz necessária e indispensável à solução do litígio penal.

3 Colaboração Premiada na Lei de Organizações Criminosas – Lei 12.850/2013

A Lei 12.850/2013 não é o primeiro diploma legal brasileiro a abarcar a colaboração processual. Em uma perspectiva histórica do sistema pátrio, podemos analisá-la sob três prismas: confissão, delação e colaboração.

No início do ordenamento jurídico brasileiro, a legislação não previa qualquer benefício para o colaborador. Foi a partir da redação original do Código Penal, no ano de 1940, que a confissão passou a ser considerada circunstância atenuante no momento de aplicação da pena pelo juiz. Nessa época, a atenuação só incidia sob a pena de crime de autoria ignorada ou imputada a outrem. Somente a partir da reforma penal de 1984 que foi ampliado o benefício da confissão para qualquer acusado que se autoincriminasse, regra válida até hoje.²⁸

Em contrapartida, o instituto da delação premiada foi introduzido em nosso ordenamento como uma causa especial de redução de pena, a partir da Lei 8.072/1990, conhecida como Lei de Crimes Hediondos. Segundo esse diploma, o participante e o associado que denunciassessem à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, teria a pena reduzida de um a dois terços. A delação premiada foi, anos depois, reproduzida na Lei 9.034/1995, nossa primeira lei contra as organizações criminosas. Nesse caso, nos crimes praticados em organização criminosa, a pena seria reduzida de um a

²⁸ BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.122, 2016, p. 3-4.

dois terços quando a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. Na evolução da delação premiada, merece destaque a Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro). Esse diploma ampliou os benefícios já existentes, admitindo a possibilidade de substituição de pena corporal por outra mais leve, concessão de perdão judicial, cumprimento da pena em regime diverso daquele que seria aplicado e possibilidade de cumprimento de pena em local separado dos demais acusados. Fechando o ciclo desse dispositivo, a Lei 9.807/1999, que trata da proteção à testemunhas no Brasil, ampliou a possibilidade da redução de pena e do perdão judicial para aqueles que reconhecessem sua participação no crime e, através da cooperação, ajudassem a identificar: demais coautores ou partícipes da ação criminosa; a localização da vítima com vida (possibilidade de perdão judicial) ou com sua integridade física preservada (redução de pena); e a recuperação total ou parcial do produto do crime.²⁹

Por último, a colaboração premiada, foco deste estudo, foi instituída pela Lei 12.850/2013 e se diferencia da delação, sobretudo, pela maior exigência em relação ao sujeito colaborador e por aquilo que ela oferece como prêmio pela colaboração.

A Lei 12.850/2013, além de ser um diploma legal que define organização criminosa, disciplina integralmente o instituto da colaboração premiada. Assim sendo, a partir da análise da referida lei, extrai-se do §2º de seu artigo 4º que a iniciativa na propositura do acordo de colaboração premiada seria do Ministério Público, a qualquer tempo, ou do delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com manifestação do Ministério Público. Além disso, o §6º do mesmo artigo 4º estabelece que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. Partindo-se do pressuposto de que a colaboração premiada está relacionada à produção probatória, teríamos nesses dispositivos uma flagrante inconstitucionalidade, uma vez que o delegado de polícia se converteria em sujeito processual.³⁰ Explica-se.

A partir dos dispositivos mencionados, o delegado de polícia pode representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador e, ainda, realizar diretamente a negociação com o investigado e seu defensor. Nesse caso, o Ministério Público, titular da

²⁹ BOTTINO, Thiago. *Colaboração premiada... cit.*, p 5-6.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários... cit.*, p. 122.

ação penal, seria apenas ouvido e figuraria como acessório. Bitencourt e Busato³¹ apontam de maneira clara e objetiva:

A questão toda é que a iniciativa a respeito do emprego deste instrumento probatório e mesmo o sopesamento das consequências que ele gera para fins de aplicação do direito penal devem estar disponíveis tão somente para o titular da ação penal que, por disposição constitucional, é exclusivamente o Ministério Público, afinal, em certa medida, trata-se de dispor da persecução penal. O juízo de valoração sobre a conveniência e oportunidade de dispor da prova pertence ao Ministério Público e é ele, exclusivamente, junto com o defensor e o investigado, quem deve deliberar sobre os termos da colaboração premiada.

Por sua vez, o processualista Antônio do Passo Cabral³² não acredita em uma total ilegitimidade da autoridade policial. Para ele, existem aspectos processuais que poderiam ser objeto de um acordo entre a polícia e o investigado, desde que estes se limitassem à fase de investigação e exclusivamente ao inquérito policial. Assim, a autoridade policial estaria restrita a negociações ligadas ao inquérito, não podendo se envolver em negociações de outros instrumentos de investigação de responsabilidade do Ministério Público, como os que tratam da ação penal e de seus efeitos jurídicos.

O regime legal da Lei 12.850/2013 tem um âmbito normativo bem delimitado, abrangendo o crime de organização criminosa e os delitos a ela ligados, isto é, as infrações penais correlatas mencionadas pelo artigo 1º da supracitada lei. Se assim não o fosse, meios de investigação excepcionais seriam usados para a repressão de crimes cuja gravidade não justificaria uma intromissão tão severa nos direitos do indivíduo.³³

No que tange aos requisitos do instituto, de acordo com o §1º do artigo 4º, será levada em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Ocorre que, ao contrário do que acontece na fixação de pena feita pelo juiz, em que há a necessidade de analisar requisitos de ordem subjetiva, em concordância com o princípio da culpabilidade, o mesmo não se justifica nos casos de colaboração premiada. Dessa forma, seria contrário aos preceitos do direito penal do fato e da culpabilidade, recomendados pelo Estado Democrático de Direito, a adoção da personalidade do colaborador como requisito para oferecimento ou

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários... cit.*, p. 123.

³²CABRAL, Antônio do Passo. Disponível em: https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=646340458896732&id=340814332782681. Acesso em: 25 de outubro 2017.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada... cit.*, p. 12/13.

não da colaboração processual. Nesse caso, o mais importante seria a produção de resultados objetivos para o processo. Assim, a análise de elementos subjetivos só faria sentido na validação da prova produzida pela colaboração e não na validação da própria colaboração.³⁴ Corroborando essa ideia, vale a pena destacar trecho do Habeas Corpus 127.483/Paraná³⁵ de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13).

Ademais, conforme citado alhures, um dos requisitos da colaboração premiada é a eficácia da colaboração. Considera-se que a colaboração teve eficácia quando há: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (art. 4º, inciso I); revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4º, inciso II); a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, inciso III); a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, IV); a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, inciso V).

Outro ponto que merece ser suscitado é o benefício que pode decorrer da colaboração premiada, uma vez que se trata de um instituto premial. Assim sendo, com base no caput do art. 4º, poderá ser concedido perdão judicial, reduzida em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. A legislação estabelece alternativas, não sendo possível a cumulação das benesses da redução de pena e da substituição. Além dos benefícios quanto à pena, ainda existe a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia contra aquele que colabora, devendo esse benefício estar previsto no acordo de colaboração e ser homologado pelo juiz. Deve-se atentar que, para a concessão do benefício de não oferecimento da

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários... cit.*, p. 126.

³⁵ BRASIL. Recurso de Habeas Corpus 127.483. Rel. Ministro Dias Toffoli.

denúncia, o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa e deve ter sido o primeiro a prestar efetiva colaboração.³⁶

Para mais, além dessas medidas tomadas até a sentença condenatória, a lei ainda prevê a possibilidade de benesses no caso de colaboração premiada após a sentença. Nesse caso, segundo o §5º do art. 4º, a pena poderá ser reduzida até a metade ou poderá ser admitida a progressão do regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. O referido dispositivo representa flagrante afronta ao princípio da coisa julgada, garantido no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, uma vez que estabelece a redução da pena ou a progressão do regime de cumprimento em momento em que a pena já foi fixada e transitada em julgado a sentença.³⁷

Deve-se ressaltar que um dos grandes destaques da Lei 12.850/2013 é a criação de um procedimento para aplicação do instituto, incluindo desde a determinação da etapa procedimental de sua incidência até a participação dos sujeitos processuais em sua realização.³⁸ Ao contrário do que ocorria anteriormente, a colaboração premiada é realizada através de um documento escrito, subscrito pelos sujeitos processuais, isto é, representantes da acusação, investigado ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz. A realização de um acordo escrito trouxe aspectos positivos, principalmente para o colaborador, já que garante o ajuste concreto dos benefícios e das hipóteses de validade e invalidade do acordo, podendo ser exigido o seu cumprimento pelo Poder Judiciário.³⁹

Outrossim, tanto o Ministério Público quanto o investigado podem retratar-se do acordo. Nesse caso, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser levadas em consideração exclusivamente em seu desfavor, em razão do princípio do *nemo tenetur se detegere*. O mesmo acontecerá caso o juiz entenda que a colaboração não produziu efeitos úteis, isto é, foi infrutífera.⁴⁰

Por fim, em se tratando da natureza jurídica do instituto, tema bastante controverso, discute-se se a colaboração premiada seria fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova. Para se chegar a uma conclusão, necessária é a definição de cada uma dessas expressões.

As fontes de prova são as pessoas ou coisas através das quais se obtém a prova, por isso mesmo podem ser classificadas em fontes pessoais ou reais. As fontes de prova independem do processo e são anteriores a ele, isto é, derivam do próprio fato delituoso. Já os

³⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n.12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21-22.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários... cit.*, p.129.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários... cit.*, p. 130.

³⁹ BOTTINO, Thiago. *Colaboração premiada... cit.*, p. 7.

⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários... cit.*, p. 22.

meios de prova são os instrumentos que introduzem a fonte de prova no processo, se tratando de atividade endoprocessual desenvolvida perante o magistrado e com a participação das partes do processo. Assim sendo, ao contrário das fontes de prova, os meios de prova só existem dentro do processo. Por último, os meios de obtenção de prova, também chamados de meios de investigação da prova, tratam dos procedimentos regulados em lei que possuem o objetivo precípuo de obter provas materiais, em outras palavras, permitem o acesso às fontes de prova ou meios de prova.⁴¹

A partir desses conceitos, percebe-se a possibilidade de classificação do investigado ou acusado como fonte de prova, uma vez que esse indivíduo sempre será útil na obtenção de informações acerca do fato delituoso e, conseqüentemente, na solução do caso. Por sua vez, levando em consideração a finalidade da colaboração premiada, qual seja, o combate ao crime organizado, parece mais coerente a sua classificação como meio de obtenção de prova. Isso se justifica pelo fato de que o instituto é um instrumento através do qual podem ser obtidas provas que interessem à investigação ou ao processo, contribuindo para a persecução penal. Nos casos em que a colaboração não produzir elementos frutíferos para a investigação ou para o processo, ainda sim permanecerá com a sua natureza de meio de obtenção de prova.⁴²

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n°. 127.483, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, qualificou a colaboração premiada como sendo, além de um meio de obtenção de prova, um negócio jurídico processual:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal (...). Note-se que a Lei n. 12.850/13 expressamente se refere a um ‘acordo de colaboração’ e às ‘negociações’ para a sua formalização, a serem realizadas ‘entre delegado de polícia’, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume único. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 799.

⁴² ESSADO, Thiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.101, 2013. p. 4.

investigado ou acusado e seu defensor' (art.4º, §6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual.⁴³

Por último, mas não menos importante, existe entendimento de que a colaboração premiada possui natureza mista, isto é, é um meio de obtenção de prova e, ao mesmo tempo, meio de defesa propriamente dita, uma vez que o acusado pode buscar a utilização do instituto como forma de obtenção dos benefícios previstos em lei, utilizando-o como estratégia defensiva.⁴⁴

4 O valor probatório da colaboração premiada

No ordenamento jurídico brasileiro, o sistema acusatório de processo penal está alinhado à Constituição Federal, de modo a garantir que a persecução penal se desenvolva respeitando os direitos e garantias do indivíduo. Essa constitucionalização do processo penal surge da necessidade de proteção do cidadão frente ao poder punitivo do Estado. Porém, a obtenção de elementos de informação, durante a fase investigatória, e de provas, durante a instrução criminal, é um tema que vai de encontro, algumas vezes, com as garantias fundamentais individuais.⁴⁵

A colaboração premiada, conforme explicitado no capítulo anterior, é um dos meios especiais de obtenção de provas presente na Lei de Organizações Criminosas. Por ser um procedimento mais invasivo, coloca em risco direitos constitucionais como o da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e da indisponibilidade da ação penal pública.

Justamente por essa potencialidade de gerar injustiças e de suprimir direitos constitucionais que a colaboração premiada, do ponto de vista probatório, sempre enfrentou problemas.

⁴³ BRASIL. Recurso de Habeas Corpus 127.483. Rel. Ministro Dias Toffoli.

⁴⁴ BORGES, Dandy Jesus Leite. Colaboração Premiada: Evolução normativa e questões jurídicas relevantes. CONAM. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1097-colaboracao-premiada-evolucao-normativa-e-questoes-juridicas-relevantes.html>. Acesso em 26 de outubro 2017.

⁴⁵ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Estrutura normativa dos meios para obtenção de elementos de informação e os limites à investigação do crime organizado. *Revista dos Tribunais Nordeste*, v.7, 2014, p. 1.

Muitos autores chegaram a negar valor probatório ao instituto, amparados em discursos que afirmavam ser o mesmo fonte de imoralidade, de incentivo à extorsões, vinganças, chantagens e de violação ao princípio fundamental da presunção de inocência.⁴⁶

Ocorre que, em análise dos diversos dispositivos que preveem a colaboração premiada em nosso ordenamento, fica claro que a intenção do legislador foi atribuir-lhe importância probatória, não a resumindo em simples *notitia criminis*. Assim, não se entende correta a afirmação de que as informações fornecidas pelo colaborador não possuem qualquer valor probatório ou que o valor probatório das declarações estaria adstrito à necessidade de comprovação por meios de prova tradicionais. Nesse último caso, a justificativa estaria no fato de que se esses meios de prova, por si só, pudessem comprovar o fato delituoso, haveria um total esvaziamento de sentido do instituto.⁴⁷

Em contrapartida, não se pode afirmar que o caminho diametralmente oposto é verdadeiro, isto é, que a colaboração premiada é dotada de eficácia plena e que, sozinha, seria capaz de afastar o estado constitucional da presunção de inocência do acusado.⁴⁸

Foi na perspectiva de se encontrar um caminho intermediário, sem extremos, que a Lei de Organizações Criminosas, cujos pormenores, novidades e críticas foram abordadas no capítulo anterior, trouxe a regra geral de valoração estampada no §16 de seu artigo 4º. O referido parágrafo estabelece, in verbis: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

A partir desse dispositivo, a lei estabeleceu um valor probatório atenuado à colaboração premiada, restringindo, ou melhor, estabelecendo limites, à regra geral presente em nosso ordenamento, qual seja, a do livre convencimento do juiz no momento da prolação da sentença. É válido ressaltar que isso não significa um regresso ao sistema da prova tarifada, em que o valor de cada prova estaria pré-fixado e o magistrado seria um mero aplicador da lei.⁴⁹

Esse dispositivo consagrou uma vertente que já vinha sendo aplicada pela jurisprudência antes da Lei 12.850/2013. Ademais, teve como inspiração o Código de Processo Penal Italiano, mais precisamente, seu artigo 192, comma 3.

Assim, seguindo a linha de atuação do direito italiano, o ordenamento brasileiro passou a vincular o valor probatório das declarações obtidas através da colaboração premiada

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Colaboração Premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei 123.850/2013. *Consulex*, n 443, 2015, p. 2.

⁴⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor Probatório... cit.*, p.3.

⁴⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor Probatório... cit.*, p.3.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo. *O Valor Probatório... cit.*, p. 2.

à sua corroboração por elementos internos e externos. Essa necessidade decorreria, dentre outros motivos, do fato de que as declarações advêm de pessoa interessada no processo.⁵⁰

Esses elementos internos seriam aqueles ligados à própria narrativa do colaborador, devendo ser aferidos pelo Ministério Público na sua função de fiscal. Em outras palavras, o titular da ação penal deverá analisar se a narrativa possui uma sequência lógica, coerente, verossímil e dotada de credibilidade. O colaborador deverá fornecer dados objetivos, pormenorizados e de valia para as investigações. Não estando presentes essas características e sendo o relato genérico, o procedimento não deverá prosseguir, uma vez que as declarações estarão despidas de utilidade, se baseando em outras finalidades como o sentimento de vingança ou a simples intenção de se valer dos benefícios do instituto premial.⁵¹ É também nessa fase que será feita a inspeção da personalidade do colaborador, apontada na Lei 12.850/2013 como um dos requisitos do instituto. Nesse ínterim, deve-se lembrar que, na verdade, conforme exposto alhures, a personalidade do colaborador não deve ser considerada como requisito da colaboração, mas como dado cuja análise interferirá tanto na valoração das informações obtidas através da colaboração, quanto na escolha do “prêmio” decorrente dela. Sendo assim, esses primeiros requisitos intrínsecos podem ser classificados como objetivos, em se tratando da narrativa do colaborador, ou subjetivos, quando da análise de sua personalidade. Ademais, a conclusão pela seriedade e credibilidade da colaboração só demonstra a vontade do investigado em cooperar, não sendo suficiente para justificar uma medida cautelar mais gravosa como uma prisão preventiva.

Superada essa primeira análise dos requisitos intrínsecos, passa-se à aferição dos requisitos extrínsecos. Essa aferição externa, essencial para a garantia do princípio constitucional de presunção de inocência, é de difícil definição, uma vez que se modifica de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Isso implica em dizer que em cada situação, o juiz deverá analisar quantitativa e qualitativamente os elementos necessários para a confirmação da veracidade da narrativa. Conforme supracitado, esses elementos externos não precisam ser suficientes para, por si só, constituir prova de culpabilidade do acusado, pois isso levaria ao esvaziamento do instituto e, conseqüentemente, da discussão de seu valor probatório, que é o que aqui se pretende.⁵²

Além disso, não existe limitação quanto à natureza desse elemento externo, podendo se tratar de prova ou até mesmo de indício capaz de atestar a fiabilidade das

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo. *O Valor Probatório... cit.*, p. 3.

⁵¹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor Probatório... cit.*, p.9.

⁵² PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor Probatório... cit.*, p. 11.

declarações. Nessa esteira, válida é a discussão acerca da possibilidade ou não de que a colaboração premiada seja corroborada por outra colaboração, procedimento conhecido como colaboração cruzada. Nesse sentido, divergentes são os posicionamentos dos doutrinadores. A parte da doutrina que acredita na impossibilidade da colaboração cruzada, tem como fundamento o fato de que se o próprio legislador estabeleceu uma debilidade no valor probatório da colaboração, não faria sentido permitir que a sua corroboração se dê por elementos de mesma inferioridade.⁵³ Já para a outra corrente que entende pela sua admissibilidade, o procedimento seria possível desde que as colaborações tivessem chegado ao conhecimento dos órgãos de acusação de modo independente e em procedimentos separados, evitando que um colaborador interfira nas declarações do outro.⁵⁴

Para além da presença de elementos internos e externos de corroboração, a validade probatória das declarações também está amparada na exigência de efetivo contraditório, já que essas declarações podem levar à incriminação de outros sujeitos. Assim, essas narrativas devem ser publicizadas no processo para que, aquele que teve seu nome apontado, possa produzir prova em contrário.⁵⁵

Por fim, partindo dessa análise sobre o valor probatório da colaboração premiada, faz-se necessário contextualizá-la com a Operação Lava Jato, a maior investigação contra a corrupção e lavagem de dinheiro já promovida pelo Ministério Público Federal brasileiro. Isso porque os inúmeros processos instaurados no contexto da Operação Lava Jato foram desenvolvidos, fundamentalmente, a partir do meio especial de obtenção de provas analisado durante todo este artigo, a colaboração premiada.

A Operação Lava Jato teve a sua ampliação, chegando a novos fatos e sujeitos, a partir dos acordos celebrados entre o Ministério Público Federal e os réus Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef. Ocorre que, se analisarmos os termos estabelecidos nesses acordos, fica nítido sua total desconformidade com as regras estabelecidas na Lei 12.850/2013.⁵⁶ Explica-se.

De acordo com o caput do artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas, os benefícios que podem ser concedidos àquele que colabora com o processo criminal são, taxativamente: perdão judicial, redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Porém, nos termos

⁵³ BADARÓ, Gustavo. *O Valor Probatório... cit.*, p. 6.

⁵⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor Probatório... cit.*, p. 13.

⁵⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor Probatório... cit.*, p. 13.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nunes. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*: Ano 146º, nº 4.000. Setembro-Outubro, 2016, p. 17.

das colaborações premiadas em apreço, constam benefícios como a redução da pena de multa que vier a ser aplicada ao réu, fazendo com que ela coincida com seu patamar mínimo, a progressão de regime de cumprimento de pena e redução da pena em patamares superiores ao previsto na lei. Ora, esses benefícios não possuem qualquer base legal, contrariando princípios como o da legalidade, da presunção de inocência e da separação de poderes.⁵⁷

Dessa forma, é totalmente inadequada a promessa e concessão de benefícios que não tenham expressa previsão legal, por total afronta ao princípio da legalidade e da separação de poderes. Conforme já defendido ao longo desse trabalho, a colaboração premiada, por ser um meio de investigação especial e invasivo, gera o risco de supressão de direitos fundamentais e, por isso, deve ser aplicada dentro dos estritos limites da lei. Nesse sentido, asseveram José Joaquim Canotilho e Nunes Brandão:

Uma eventual admissibilidade constitucional de princípio da institucionalização legal da colaboração premiada, como aquela que tem vindo a ser sufragada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, não pode desconsiderar os perigos constitucionais que lhe vão necessariamente colados à pele. De modo que, a ser afirmada tal admissibilidade, só poderá sê-lo como uma solução excepcional para fazer face a problemas criminais excepcionais, pela sua gravidade e complexidade de investigação, e estritamente subordinada a uma exigência de reserva de lei e aos princípios da proibição do excesso e da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais. E deverão ser sujeitas a esse rigoroso crivo de constitucionalidade não apenas as normas legais quando tomadas pelo seu valor facial, isto é, digamos assim, quando “lidas” ao pé da letra, mas também as interpretações normativas adoptadas pelo Ministério Público e/ou pelo juiz nas suas intervenções processuais no âmbito de acordos de colaboração premiada sob invocação de determinada regra legal ou da conjugação de vários preceitos legais. A mobilização do instituto da colaboração premiada está dependente da verificação de uma pluralidade de condições e pressupostos de ordem material e processual e da obediência a específicos ritos processuais, todos eles legalmente tarimbados e insusceptíveis de derrogação ou ultrapassagem pelos sujeitos processuais intervenientes no pacto de colaboração premiada.⁵⁸

Foi com base nesse cenário que José Joaquim Gomes Canotilho e Nunes Brandão, professores da Universidade de Coimbra, opinaram pela não aceitação do pedido de cooperação judiciária internacional feito pelo Brasil à Procuradoria Geral da República de

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nunes. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*: Ano 146º, nº 4.000. Setembro-Outubro, 2016, p. 30-33.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nunes. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*: Ano 146º, nº 4.000. Setembro-Outubro, 2016, p. 23-24.

Portugal. Sendo aceito esse requerimento, os documentos e as colaborações premiadas realizadas durante a “lava jato” passariam a valer também no país lusitano.⁵⁹

De acordo com esses autores, os acordos de colaboração premiada supracitados e seus respectivos atos homologatórios “padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos”. Essa afirmação estaria pautada no artigo 5º, LVI da Constituição Federal Brasileira e artigo 157 do Código de Processo Penal, dispositivos que inadmitem a utilização de provas ilícitas no processo, entendendo como ilícitas aquelas obtidas em violação a normas constitucionais e legais.⁶⁰ Partindo desta lógica, a proibição da valoração das provas obtidas através de acordos ilegais deve ser absoluta, isto é, deverá repercutir tanto em relação ao colaborador enganado pela promessa de benefícios sem base legal, como para aqueles que tiveram seus nomes indicados nas declarações do colaborador.⁶¹

Seguindo a linha de discussão do valor probatório das colaborações premiadas firmadas na Operação Lava Jato, pertinente também é a abordagem da validade das provas quando há a rescisão dos acordos. O ex procurador-geral da República, Rodrigo Janot, rescindiu o acordo de colaboração firmado por Joesley Batista e Ricardo Saud, sob o argumento de que ambos teriam omitido fatos criminosos relevantes, descumprindo termos do acordo. De acordo com nota da Procuradoria Geral da União, Janot afirmou que a consequência jurídica da rescisão do acordo por culpa exclusiva do colaborador seria a perda da premiação, ou seja, dos benefícios concedidos pelo acordo, e a manutenção da validade de todas as provas obtidas.⁶² Porém, a questão da validade da prova não é tão pacífica. Autores como Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa defendem que, se levarmos em consideração a teoria da invalidade dos atos processuais, seria inevitável a aplicação do princípio da contaminação, uma vez que evidente o nexo causal entre as provas e o acordo de

⁵⁹ RODAS, Sérgio. *Acordos de delação da “lava jato” são ostensivamente ilegais, diz Canotilho*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/delacoes-lava-jato-sao-ostensivamente-ilegais-canotilho>. Acesso em 03 de novembro 2017.

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nunes. *Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato*. Revista de Legislação e de Jurisprudência: Ano 146º, nº 4.000. Setembro-Outubro, 2016, p. 35.

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nunes. *Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato*. Revista de Legislação e de Jurisprudência: Ano 146º, nº 4.000. Setembro-Outubro, 2016, p. 37.

⁶² BRITO, Ricardo. *PGR pede rescisão de delação de Joesley e Saud; para Janot, provas continuam válidas*. Reuters, 2017. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN1BP39J-OBRTTP>. Acesso em 04 de novembro 2017.

colaboração que fora rescindido. Dessa forma, a validade do ato posterior estaria condicionada à validade do ato anterior.⁶³

Conforme exposto, o valor probatório das provas obtidas através da colaboração premiada possui diversas implicações. Contudo, fica evidente que o instituto tem sido utilizado na Operação Lava Jato sem a necessária cautela, infringindo as regras previstas na Lei 12.850/2013. Essa situação é preocupante, uma vez que conforme defendido ao longo do trabalho, a colaboração premiada, por ser um meio invasivo de obtenção de provas, deve ter um valor probatório atenuado, uma vez que pode levar à supressão de direitos constitucionais basilares do Estado Democrático de direito.

Assim sendo, deve-se ter grande cautela para que a colaboração premiada não se torne uma regra e o juízo uma exceção, devendo sua utilização estar adstrita ao estritos limites legais.

Em suma, o que se pretendeu foi destacar a necessidade de se traçar e obedecer a parâmetros e limites para a utilização da colaboração premiada, de forma que o instituto possa ser empregado de maneira consciente e responsável, nos casos em que seja estritamente necessário e não como uma regra no processo penal.

CONCLUSÃO

A colaboração premiada é apenas uma das decorrências de uma tendência mundial de Justiça Consensual, necessária à nova realidade da Justiça Penal. Se por um lado, ela coloca em risco direitos constitucionais, por outro, também é verdade que sua utilização se mostra necessária para a solução de crimes de maior complexidade, como os que envolvem organizações criminosas.

A colaboração premiada demonstra sua importância nas situações em que o órgão de persecução penal não logra êxito na busca de elementos probatórios capazes de desvendar o litígio penal. Assim, na busca de uma solução que concilie a persecução penal e os direitos fundamentais, optou-se por um caminho intermediário, que atribui valor probatório atenuado ao instituto. Em outras palavras, a colaboração premiada deve estar corroborada por elementos internos e externos que atestem sua fiabilidade e sejam suficientes para afastar a presunção de inocência do acusado.

⁶³ LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Delacão não pode ser rescindida unilateralmente por capricho do Estado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-06/limite-penal-delacao-nao-anulada-unilateralmente-capricho-estado>. Acesso em: 04 de novembro 2017.

Nesse cenário, é fundamental que se evite a banalização do instituto, de modo a afastar a possibilidade de realização de acordos desproporcionais ou ineficazes. Isso se justifica uma vez que o emprego do instituto de forma indiscriminada irá refletir na validade dos acordos e, conseqüentemente, na validade das provas obtidas através dele. Assim sendo, o instituto só poderá efetivamente auxiliar o Estado na persecução penal se for empregado dentro dos limites legais, preservando os princípios basilares do garantismo penal.

Em suma, deve-se buscar o equilíbrio entre a eficiência da ação estatal contra a criminalidade organizada e a existência e preservação de regras e princípios que assegurem um processo justo, pautado nas garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Estrutura normativa dos meios para obtenção de elementos de informação e os limites à investigação do crime organizado. *Revista dos Tribunais Nordeste*, v.7, 2014.

BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Colaboração Premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei 123.850/2013. *Consulex*, n 443, 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BORGES, Dandy Jesus Leite. Colaboração Premiada: Evolução normativa e questões jurídicas relevantes. *CONAM*. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1097-colaboracao-premiada-evolucao-normativa-e-questoes-juridicas-relevantes.html>. Acesso em 26 de outubro 2017.

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

f

BRASIL. Recurso de Habeas Corpus 127.483. Rel. Ministro Dias Toffoli.

BRITO, Ricardo. PGR pede rescisão de delação de Joesley e Saud; para Janot, provas continuam válidas. *Reuters*, 2017. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN1BP39J-OB RTP>. Acesso em 04 de novembro 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. Disponível em: https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=646340458896732&id=340814332782681. Acesso em: 25 de outubro 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nunes. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*: Ano 146º, nº 4.000. Setembro-Outubro, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 133, 2017.

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

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ESSADO, Thiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.101, 2013. p. 4.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n.12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno et alii. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Juspodivm e ESMPU, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume único. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Delação não pode ser rescindida unilateralmente por capricho do Estado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-06/limite-penal-delacao-nao-anulada-unilateralmente-capricho-estado>. Acesso em: 04 de novembro 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). *Revista dos Tribunais*, v 879, 2009.

PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.81-97.

RODAS, Sérgio. *Acordos de delação da “lava jato” são ostensivamente ilegais, diz Canotilho*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/delacoes-lava-jato-sao-ostensivamente-ilegais-canotilho>. Acesso em 03 de novembro 2017.