

A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA: UMA ANÁLISE DO HC STF 127.483/PR E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA GESTÃO DAS PROVAS NO SISTEMA ACUSATÓRIO

CELEBRATION OF THE PLEA BARGAIN AGREEMENT AS A LEGAL PROCEDURAL BUSINESS AND MEANS OF OBTAINING EVIDENCE: AN ANALYSIS OF HC STF 127.483/PR AND BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE MANAGEMENT OF EVIDENCES IN THE ACCUSING SYSTEM

MARCELO MAGNO FERREIRA E SILVA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
marcelomagno@mpmg.mp.br

RESUMO: O presente artigo faz uma análise do *Habeas Corpus* nº. 127.483/PR, julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, no qual definiu-se a natureza da colaboração premiada como negócio jurídico processual e meio de obtenção de provas. Como negócio jurídico processual, à colaboração premiada atribuiu-se traço personalíssimo, impossibilitando a impugnação de suas cláusulas por parte de terceiro; enquanto meio de obtenção de provas, as partes estabelecidas fixam as formas de se obter uma prova no processo penal; sendo o acordo de colaboração legal, regular e voluntário, imperiosa sua homologação pelo magistrado, que não tomará parte no referido acordo, tampouco apreciará o mérito dos elementos indiciários porventura existentes. Atingidos os resultados perseguidos, sendo eficazes os elementos levantados, igualmente impõe-se ao magistrado a concessão da sanção premial negociada, como forma de cumprimento pelo Estado da legítima confiança e segurança jurídica advinda do acordo. Nessa seara, não obstante as contundentes críticas acerca do instituto da colaboração premiada, o afastamento do magistrado quanto ao acordo de colaboração premiada e a imposição de cumprimento do acordo ao Estado-Juiz aproximam o instituto de um modelo penal acusatório, essencial para o estabelecimento de um processo penal democrático, ao passo que prestigia a gestão das provas e produção pelas partes dos elementos indiciários na persecução penal, possibilitando, ainda, o prévio conhecimento do provimento final de mérito, o qual as partes construíram conjuntamente.

PALAVRAS-CHAVE: colaboração premiada; negócio jurídico processual; meio de obtenção de prova; gestão das provas; sujeitos.

ABSTRACT: This article makes an analysis of Habeas Corpus nº. 127.483/PR, judged by the full bench of Supremo Tribunal Federal, in which the nature of the plea bargain was defined as a legal procedural business and a means of obtaining evidence. As a legal procedural business, the plea bargain was attributed a very personal feature, making it impossible to have its clauses challenged by third parties; as a means of obtaining evidence, the parties establish how to obtain evidence in criminal proceedings; if the deal is legal, regular, and voluntary, it must be approved by the magistrate, who will not take part in the agreement and will not consider the merits of the provided indications. Once the results have been achieved and the elements raised have been effective, the magistrate must award the bargained sanction as a form of State's compliance of the duty to respect legitimate expectations and the rule of law resulted from the agreement. In spite of the overwhelming criticism of the plea bargain institute, the removal of the magistrate from the agreement and the imposition of compliance with it brings the institute closer to an accusatory criminal model, which is essential for the establishment of a democratic criminal procedure. It also determines the production and management of the evidence by the parties in the criminal prosecution, and it also makes possible the prior knowledge of the parties jointly constructed final merits.

KEYWORDS: plea bargain; legal procedural business; means of obtaining evidence; management of evidence; subjects.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. HC STF n. 127.843/PR. Apresentação do caso. 2.2. Das normas que regulam a matéria: a colaboração premiada. 2.3. Solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.483/PR. 2.4. Dos fundamentos adotados no julgamento e apontamentos acerca da colaboração premiada. 2.4.1. Fundamentos adotados e considerações doutrinárias acerca da colaboração premiada. 2.4.2. A colaboração premiada e breves considerações acerca da gestão das provas no sistema acusatório. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

O processo penal constitucional, em conformidade com as premissas dos direitos fundamentais, somente emergirá quando, superados os entraves do sentimento de protagonismo judicial, reconhecermos que um sistema acusatório em um estado democrático de direito transfere às partes formalmente estabelecidas a gestão das provas, de modo que possa o magistrado garantir a realização destas, em contraditório e ampla defesa, fundamentando sua decisão final não mais na livre apreciação da prova, aliás, alçado a um *status* de princípio que não detém, mas, de fato, cumprindo o mandamento constitucional de acordo com o trazido e produzido pelas partes.

No ideal de construção de prova pelas partes, situação em que se fala no juízo de garantias, apto a tutelar os direitos fundamentais, mas, sem interferir nas “regras do jogo”, a colaboração premiada surge como um acordo formal entre Ministério Público ou autoridade policial e investigado colaborador, com fins à obtenção de elementos indiciários.

Nesse cenário, ganha relevo a discussão, pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº. 127.483/PR, da colaboração premiada, que não obstante presente outrora no ordenamento jurídico nacional e estrangeiro, ganha corpo com a Lei nº. 12.850/13, instituindo no país um regramento mínimo de justiça penal negociada ou premial.

Através do acordo de colaboração premiada, busca-se reconhecer que as partes formalmente estabelecidas no cenário procedimental firmam um negócio jurídico processual, como meio de obtenção de provas. Uma vez asseguradas a irrestrita legalidade, regularidade, voluntariedade e, ao final, com a eficácia do negócio jurídico processual, constitui-se o direito subjetivo do celebrante colaborador ao prêmio negocial, conforme julgado objeto do presente estudo.

Por isso, na relação de um ideal de gestão das provas pelas partes estabelecidas no acordo e assentado no HC STF nº. 127.483/PR, objeto do presente estudo, adequada aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, não caberia ao Poder Judiciário a ingerência sobre as cláusulas pactuadas, a participação no acordo e tampouco a discussão posterior sobre a justeza do prêmio negocial.

Focaliza-se o estudo, na parte destinada a revisão bibliográfica, exclusivamente na figura do Ministério Público e o agente colaborador, negociantes da relação jurídico-procedimental, enquanto titular exclusivo da ação penal pública e investigador colaborador.

Igualmente, como não poderia, o presente estudo não tem por objetivo rebater, tampouco superar as bem fundamentadas críticas existentes em nível doutrinário, acerca do instituto da colaboração premiada; não se pode olvidar que a colaboração premiada, assim como a própria (in)existência de um sistema acusatório puro, necessita de profundos estudos e aperfeiçoamento para atingir o pleno ideal democrático, carecendo de estudos principalmente o aspecto da voluntariedade. Porém, com advento da Lei n. 12.850/2013, emprega-se a visão de que o regramento atual existente confere mínima segurança jurídica ao colaborador. Atingidos os fins perseguidos na lei, institui-se direito subjetivo à benesse acordada, o que representa avanço na justiça consensual.

2. Desenvolvimento

2.1. HC STF nº. 127.843/PR. Apresentação do caso.

No caso do presente estudo, *Habeas Corpus* impetrado por José Luiz Oliveira Lima e outros, tendo por paciente Erton Medeiros Fonseca, questionava o ato do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavaschi, que homologou acordo de colaboração premiada firmado pelo Ministério Público Federal e Alberto Youssef.

Sustentava a impetração que, não sendo o paciente parte no acordo de homologação premiada, não haveria meio próprio de impugnação, senão com sucedâneo em *Habeas Corpus*, apto a evitar uma delação ilegal e assim produzir provas ilícitas em desfavor do paciente, que se encontrava denunciado por crimes de organização criminosa, corrupção ativa e passiva, uso de documento falso e lavagem de dinheiro.

Para o impetrante, nas hipóteses objetivas e subjetivas impostas na Lei nº. 12.850/2013, insustentável seria o Estado

celebrar acordo de colaboração premiada, tendo por base declarações do colaborador indigno de confiança, deixando este de cumprir acordo anteriormente firmado, definida sua personalidade como voltada para a prática de crimes. Ainda, reivindicou a declaração de ilegalidade da homologação do acordo de colaboração premiada, uma vez que, além das hipóteses apontadas, o acordo estabeleceu questões extrapatrimoniais, não previstas na lei, pleiteando, ao final, a nulidade da homologação perpetrada pelo Ministro relator e de toda prova obtida a partir do acordo de colaboração premiada firmado.

O relator Ministro Dias Toffoli, admitindo o processamento do *Habeas Corpus*, submeteu o julgamento ao pleno do Supremo Tribunal Federal, considerando a relevância do tema.

2.2. Das normas que regulam a matéria: a colaboração premiada

Conforme introdução, no *Habeas Corpus*, o impetrante buscava questionar aspectos da homologação de colaboração premiada, tendo como norma principal a regulamentação inserta na Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que “Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal” (BRASIL, 2013a), promovendo, ainda, alterações no Código Penal e, no plano secundário do julgado, ao tratar das formas de proteção ao colaborador, a Lei nº. 9.807, de 13 de julho de 1999, que “[...] dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal”. (BRASIL, 1999).

Contudo, embora cerne do julgado objeto do estudo, a Lei nº. 12.850/2013 não inaugurou o tema de colaboração

premiada no direito brasileiro, convivendo com outras normas em vigor.

Aliás, no próprio julgado, inicialmente, buscou o relator Ministro Dias Toffoli, autor do voto condutor do acórdão, acompanhado pelos demais Ministros, ponderar aspectos históricos acerca da colaboração premiada, consignando:

Esse instituto deita suas raízes no período colonial, mais precisamente em dois dispositivos do Livro V das Ordenações Filipinas, que entraram em vigor no Brasil em 1603 e somente foram revogadas mais de duzentos anos depois, em 1830, pelo Código Criminal do Império.

No Título VI, item 12, do citado Livro V, previa-se o perdão ao partícipe e delator do crime de lesa majestade ('e quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão'), assim como uma recompensa ('mercê') ao delator, 'segundo o caso merecer', desde que não fosse o principal organizador da empreitada criminosa ('se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação'). Esse benefício, todavia, não tinha incidência se outrem delatasse o crime ('sendo já per outrem descoberto') ou se já houvesse investigação a seu respeito ('posto em ordem para se descobrir'), pois, nessas hipóteses, o rei já teria conhecimento do fato ou estaria em condições de o saber. O segundo dispositivo constava do Título CXVI ('como se perdoará aos malfetores [...] que derem outros à prisão'). (BRASIL, 2016, p. 17).

Em observação da legislação mais contemporânea, pondera a doutrina de Santos:

A justiça penal negociada, fenômeno verificado primordialmente nos ordenamentos regidos pela *common law*, sobretudo o norte-americano, foi introduzido no Brasil na

década de 1990 e, desde então, tem se espalhado significativamente, mas por dois caminhos distintos.

O primeiro, despenalizador, que tem na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, o diploma legal central, consideradas a composição civil, a transação penal, a exigência de representação para os delitos de lesão corporal leve e culposa e a suspensão condicional do processo, *ex vi* dos artigos 74, parágrafo único, 76, 88 e 89, respectivamente. (SANTOS, 2017, p. 132).

Ao comentar a Lei nº. 9.807/1999, como norma de disposição geral da colaboração premiada, e a Lei nº. 12.850/2013, que trata precipuamente das organizações criminosas, prossegue o referido autor:

A par da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, que vem a ser o diploma legal geral da delação premiada, disciplinando-a nos artigos 13 a 15, existem oito outras hipóteses específicas: crimes hediondos (artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), extorsão mediante sequestro (artigo 159, §4º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996), crimes contra o sistema financeiro nacional (artigo 25, §2º, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, com a redação dada pela Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995), crimes contra a ordem econômica e tributária (artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, com a redação dada pela Lei nº 9.080/95), a atrair espécie própria de cooperação premiada, quando atrelados à formação de cartel, aplicável também aos delitos licitatórios e à associação criminosa (artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011), lavagem de capitais (artigo 1º, §5º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, com a redação dada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012), entorpecentes (artigo 41 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) e organização criminosa (artigo 4º da Lei nº 12.850/13).

Diferentemente dos institutos despenalizadores, destacadamente a transação penal e a suspensão condicional do processo, que repercutem no exercício da ação penal pública, a colaboração premiada, a depender da hipótese, importa perdão judicial, atuando como causa extintiva da punibilidade, *ex vi* do art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13 (crime organizado), do §5º do art. 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), do art. 87, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 12.529/11 (crimes relacionados à prática de cartel), além do art. 13 da Lei nº 9.807/99, que é o diploma legal reitor do tema; causa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando tiver por objeto organização criminosa ou lavagem de dinheiro; causa de fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, também se estiver relacionada com o crime de lavagem de capitais, ou de progressão de regime, em se tratando de organização criminosa, considerado o art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/2013; causa de redução da pena, sempre na fração de um a dois terços, presente em todas as hipóteses de delação premiada, exceto a pertinente à organização criminosa, em que o redutor é de até dois terços, não garantindo de antemão qualquer fração reducional mínima – neste último caso, admite-se, ainda, a diminuição da reprimenda, em até metade, após a sentença penal condenatória, configurando incidente de execução penal, provisória ou definitiva (art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/2013). (SANTOS, 2017, p. 134-135).

Tratando do cenário da colaboração premiada no Brasil, com o advento da Lei nº. 12.850/2013, aduz Bittar, com referência na legislação e jurisprudência:

Observando-se o período anterior à Lei 12.850/13, tem-se que a legislação sobre o tema tinha como referencial apenas normas de Direito material introduzidas sem critério (em especial sem qualquer preocupação com os aspectos processuais) em diversas legislações, inclusive não especificamente penais (caso da Lei 10.149/00), estas promulgadas de forma esparsa e distribuídas sem qualquer critério polí-

tico criminal aparente, em diferentes legislações, em que pese a jurisprudência do país tenha recepcionado bem a novidade. (BITTAR, 2017, p. 229).

Tida como forma de “popularização” da colaboração premiada, incluindo o efeito advindo da conhecida operação “Lavajato”, a Lei nº. 12.850/2013, na expressão da doutrina de Soraia da Rosa Mendes, consolidou os benefícios ao colaborador delator:

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro na década de 90, a popular ‘delação premiada’ consolidou-se com a ampliação de seus benefícios através da Lei 12.850/90, de 02 de agosto de 2013. Direcionando-se, sobretudo, àqueles e àqueles que praticam o crime de organização criminosa ou delitos por meio dela, tal instituto, ora conhecido como ‘colaboração premiada’, recorrentemente encontrado em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, foi implantado no Brasil não sem causar muitos ruídos nas discussões com a sua incorporação à dinâmica processual. De fato, como observa *Marcelo Rodrigues da Silva* (em *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*) trata-se de um instrumento probatório colaborativo premial que deveria ser excepcional, mas que acabou por tornar-se regra em algumas investigações. (MENDES, 2017, p. 31, grifo do autor).

Assim, em suma, ao tema da colaboração premiada, pode-se citar a Lei nº. 9.807, de 13 de julho de 1999, norma que estabelece programa de proteção de vítimas, testemunhas, acusados e condenados em cooperação com a persecução criminal; a Lei nº. 9.613, de 03 de março de 1998, que trata de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens e prevê redução de pena a agente colaborador; a Lei nº. 7.492, de 16 de julho de 1986, que trata de crimes contra o sistema financeiro, pre-

vê redução de pena àquele que confessa espontaneamente; a Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2.006, “lei de drogas”, que prevê redução de pena ao colaborador voluntário; a Lei nº. 12.846, de 01 de agosto de 2.013, que trata dos acordos de leniência de pessoas jurídicas que colaborem com investigações e processos administrativos; a Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que prevê extinção da ação punitiva ou redução de pena ao colaborador investigado por infração à ordem econômica; a Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, acerca dos crimes hediondos, dispõe acerca de redução de pena ao colaborador; e a Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, acerca dos crimes contra ordem econômica e tributária, que prevê redução de pena ao colaborador.

Inegável, como sustenta Luiz Antônio Borri e Rafael Junior Soares, que a Lei nº. 12.850/2013 tornou mais clara a disposição do contrato de colaboração:

Nesse contexto, é inevitável remeter-se ao texto da legislação de regência, representado pela Lei 12.850/13, tornando relevante apontar o teor do art. 6º, que versa sobre o acordo de colaboração premiada, ou seja, o contrato propriamente dito, contendo obrigações, deveres e direitos do colaborador, além do art. 4º, §13, o qual prevê o registro dos atos de colaboração por meios ou recurso de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Com efeito, a regulamentação trazida pela novel legislação tornou mais clara a definição das disposições gerais, mas, por outro lado, trouxe celeumas ainda não dirimidas pela doutrina e jurisprudência. A partir daí, buscar-se-á delimitar se, no contexto da colaboração premiada, as declarações oriundas do colaborador são passíveis de registro unicamente por meio escrito ou se demandam também o formato audiovisual, sobretudo porque o tema está atrelado à garantia de confiabilidade das declarações e manipulações ilícitas no seu conteúdo. (BORRI; SOARES, 2017, p. 169).

2.3. Solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.483/PR

Diante do empate na votação, conheceu o Plenário do Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus*; no mérito, denegando a ordem, definiu a colaboração premiada como um negócio jurídico processual, tendo de um lado o Ministério Público ou a autoridade policial, ouvido o *Parquet* nesse caso, e de outro lado, o colaborador, devidamente assistido por advogado, com propósito de obtenção de provas, com formação de elementos indiciários aptos a futura formação de prova em regular processo penal, seja em face do colaborador ou de corréu delatado.

Tratando o acordo de colaboração premiada como negócio jurídico, o Supremo Tribunal Federal lhe conferiu um traço personalíssimo, razão pela qual inadmitiu impugnação por terceiro delatado, uma vez que a celebração do acordo, por si só, não atinge a esfera jurídica de terceiro delatado, não fazendo prova contra este, pois todos os elementos indiciários formados passarão pelo inarredável crivo do contraditório e ampla defesa, não cabendo condenação tendo por base apenas os elementos formados na colaboração premiada.

Igualmente, decidiu-se que o critério de confiança agrega-se ao resultado advindo da colaboração, sem perquirir eventual desconfiança subjetiva, por quebra de acordo anteriormente firmado, sendo certo que neste, o descumprimento ocasionou a ruptura nas benesses acordadas, sem influir na confiança objetiva na formação de novo pacto de colaboração, não sendo, também, a personalidade do agente influência direta para celebração do acordo e sua homologação, mas, fator de valoração nos resultados advindos, quando da concessão do prêmio negociado no julgamento final.

Ficou decidido que atingindo o resultado esperado pelo acordo de homologação premiada, não caberia ao órgão julgador questionar os termos do acordo de homologação, obrigando o Estado, pelo princípio da proteção da confiança e segurança jurídica, a cumpri-lo, fazendo o colaborador, portanto, jus à sanção premial negociada no acordo, inclusive, se houver, em sua extensão patrimonial.

Nesse diapasão, a colaboração premiada representa forma de extinção da punibilidade, substituição ou redução de pena, quando alcançados os resultados almejados no acordo, conforme os critérios prefixados na lei, sendo direito subjetivo do colaborador a sanção premial acordada com o Ministério Público ou autoridade policial.

2.4. Dos fundamentos adotados no julgamento e apontamentos acerca da colaboração premiada

2.4.1. Fundamentos adotados e considerações doutrinárias acerca da colaboração premiada

A colaboração premiada representa instituto de política criminal, enquadrada na seara da justiça penal negociada e na justiça penal colaborativa ou consensual.

Consignam Murilo Thomas Aires e Fernando Andrade Fernandes, em artigo sobre o tema:

Toma-se aqui a posição de que a colaboração premiada se apresenta como um instrumento de política criminal, surgindo como um influxo relativo à necessidade de maior eficiência no cumprimento das funções do Sistema Jurídico-Criminal. No entanto, este influxo deve respeitar a irrenunciável tradição garantista do processo penal contemporâneo, sobretudo tratando-se de um modelo de Estado

Democrático de Direito. Mais que isso, tendo em vista este paradigma, tal instrumento deve obedecer ao valor fundamental da tutela da dignidade da pessoa humana.

Todavia, a realidade complexa de um acordo de colaboração premiada requer uma densa elaboração legislativa, sob pena de permitir-se várias ofensas às garantias do réu, seja colaborador ou delatado, de maneira a ferir-se drasticamente a tutela da dignidade humana, valor este que deve representar uma barreira intransponível.

É com vistas a isso que aqui se propõe, a partir da fundamentação político criminal da colaboração premiada, analisar o procedimento recém estabelecido pela Lei nº 12.850/13, enquanto expressão da justiça consensual no âmbito processual penal, em confronto com as garantias fundamentais na perspectiva do réu colaborador, representadas aqui, por conveniência, pelo contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, e pela não autoincriminação. (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 255).

E prosseguem os autores:

A colaboração premiada é originalmente enquadrada no âmbito do Direito Penal Premial, sendo este uma perspectiva do estudo do Direito Penal focada, como o próprio nome infere, nas normas premiaias, ou seja, naquelas normas ligadas à ideia de concessão de um benefício previsto na lei para àquele que cometeu o delito, mas realizada determinada contra-conduta valorizada pela lei, seja na abrangência do *arrependimento substantivo* (em que há a exigência de reintegração da própria ofensa típica, anulando a ofensividade ao bem jurídico), seja no que tange ao *arrependimento processual* (em que o arrependido se coloca à disposição para colaborar com a repressão penal). Com efeito, a colaboração premiada se enquadra no que se denominou *arrependimento processual*. (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 263-264).

Bittar define a colaboração premiada pela compreensão da Lei nº. 12.850/2013:

Mas, para a compreensão do âmbito do tema é preciso definir a denominada pela Lei 12.850/13 ‘colaboração premiada’, consistente em ‘instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios penais, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)’. (BITTAR, 2017, p. 243).

No julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, o relator do acórdão do HC nº. 127.483, Ministro Dias Toffoli, sem empregar um conceito propriamente dito para a colaboração premiada, preferiu sua definição pela natureza jurídica, como meio de obtenção de prova e a formalização de um negócio jurídico processual.

A colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I da Lei nº 12.850/13), é um *meio de obtenção de prova*, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal). (BRASIL, 2016, p. 18, grifo do autor).

Pelo acordo de colaboração premiada, Ministério Público, enquanto titular exclusivo da ação penal pública, ou autoridade policial, ouvido o Ministério Público, firmam com um colaborador investigado um negócio jurídico processual, tendo por objetivo levantar meios de obtenção de prova aptos a deflagrar a ação penal, seja em face do colaborador, seja em face de terceiro corréu delatado, observados os critérios da voluntariedade, legalidade e eficácia no resultado,

conforme adiante se verá, conferindo ao colaborador um verdadeiro direito subjetivo as benesses previstas na lei, podendo alcançar, inclusive, a imunidade penal pelo não oferecimento de denúncia.

Por meio de obtenção de prova, a colaboração premiada tem por propósito a formação de um arcabouço de elementos indiciários, aptos a deflagrar procedimentos com vistas à produção de provas, sendo essas últimas passíveis de levar ao convencimento do julgador, no momento da decisão, após o devido processo penal que assegura o contraditório e ampla defesa.

Assim, como persecução para obter provas, os elementos indiciários levantados por ocasião do acordo de colaboração premiada representam um perquirir, um caminho para se alcançar as provas do processo penal, o que se dará no bojo do processo penal, com a participação das partes estabelecidas em contraditório e ampla defesa.

Ao tratar da formalização do acordo de colaboração premiada, descrevem Luiz Antônio Borri e Rafael Junior Soares, citando a doutrina de Eduardo Araújo da Silva, Vicente Greco Filho, Walter Barbosa Bittar e Pierpaolo Cruz Bottini:

Como ponto de partida para o estudo do tema é preciso definir a denominada colaboração premiada, 'na fase de investigação trata-se de um instituto puramente processual; nas demais fases, a colaboração premiada é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial, redução ou substituição da pena ou progressão de regime'.

O acordo de colaboração premiada será entabulado entre Ministério Público, Delegado de Polícia e o acusado/inves-

tigado (art. 4º, §6º, Lei 12.850/13), sempre assistido por advogado (art. 4. §§ 14 e 15, Lei 12.850/13), sem a participação do Magistrado, o qual ficará incumbido apenas da homologação do acordo, oportunidade em que examina a regularidade, legalidade e voluntariedade da negociação (art. 4º, §7º, da Lei 12.850/13). Trata-se de medida salutar o afastamento do juiz da fase de negociação, como forma de evitar a inversão do sistema acusatório, pois um de seus principais pontos de apoio, diz respeito à gestão da prova, não se mostrando prudente que o julgador participe da fase investigativa produzindo elementos informativos, sob pena de comprometer o convencimento da fase judicial.

As fases que envolvem a celebração do acordo de delação premiada até a aplicação das benesses legais podem ser subdivididas em três. A primeira delas abrangeria a negociação e o acordo entabulados entre a autoridade policial, com a manifestação do Ministério Público, e o investigado acompanhado de defensor, ou ainda entre o Ministério Público e o investigado, sempre presente o seu defensor (art. 4º, §6º).

O termo do acordo de delação será feito nos moldes da previsão do art. 6º da Lei 12.850/2013, ou seja, por escrito, contendo o relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, a declaração do colaborador e de seu defensor aceitando o acordo, as assinaturas do Ministério Público, Delegado de Polícia, investigado e seu defensor, assim como a descrição das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessárias. Nesta fase, não há participação do magistrado. (BORRI; SOARES, 2017, p. 169-171).

Ao descrever a colaboração premiada como meio de obtenção de provas, amparado pela doutrina de Paulo Soares, Francisco Marcolino de Jesus, com fulcro, ainda, na jurisprudência, afirma Bittar:

Feitas estas ponderações, resta ainda ter presente que a discussão acerca do valor probatório da delação premiada

passa, necessariamente, pela definição a respeito das declarações do delator figurarem como fonte ou meios de prova, ou seja, se ministram indicações úteis sujeitas a comprovação ou se, por si só, servem à comprovação da verdade no processo.

Para estabelecer uma diferenciação deve ser observado que na distinção entre meios de prova e meios da sua obtenção, naqueles há um “conjunto de instrumentos aptos a demonstrar a realidade dos fatos relevantes para o processo” enquanto nestes a definição pode ser resumida enquanto ferramentas empregadas na investigação e ulterior recolha de meios de prova, sejam fatos ou coisas.

De forma mais específica, pode ser considerado que meios de obtenção de prova servem como instrumentos utilizados pelas autoridades judiciárias para investigar e colher fontes de prova, não sendo instrumentos para demonstrar o *thema probandi*, constituindo instrumentos para recolher no processo esses instrumentos, sendo, portanto, a delação premiada mero meio de obtenção de prova, reconhecido inclusive pela redação do art. 3º, da Lei 12.850/13.

De toda sorte, é preciso consignar que a delação premiada isolada é incapaz de viabilizar um decreto condenatório, mormente após o advento da Lei 12.850/13 que em seu art. 4º, §16 positivou a insuficiência da versão do acusado colaborador como critério exclusivo para respaldar uma condenação criminal, posição consagrada na doutrina e jurisprudência mesmo antes da promulgação da legislação supramencionada. (BITTAR, 2017, p. 243-244).

Como negócio jurídico processual, destacou o relator, Ministro Dias Toffoli:

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

Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o *imputado-colaborador*, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal. (BRASIL, 2016, p. 23-24, grifo do autor).

Agregando ao negócio jurídico da colaboração premiada os inarredáveis planos da existência, validade e eficácia, enquanto vínculo voluntário formado pelas partes negociantes, acresce-se sua natureza processual, já que o colaborador formaliza contribuição com vistas a produzir efeitos no âmbito do processo criminal e benefícios advindos desta colaboração, no plano do direito material.

Aliás, o artigo 4º, parágrafo 6º, da Lei nº. 12.850/2013 define as negociações e os negociantes do acordo de colaboração premiada, ao disciplinar:

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

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. (BRASIL, 2013a).

Dentre os efeitos advindos da relação negocial procedimental, destacam-se a suspensão no oferecimento da denúncia ou do próprio processo, no prazo de 6 (seis) meses, prorrogáveis

por igual período, até que se efetivem as medidas de colaboração; a não oferta de denúncia, não se tratando de líder da organização criminosa, ou o sendo, seja o primeiro coautor a colaborar; bem como a renúncia do direito ao silêncio.

Homologado o acordo, destaca o relator do acórdão:

Além disso, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.850/13, o acordo de colaboração judicialmente homologado confere ao colaborador o direito de: i) ‘usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica’; ii) ‘ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados’; iii) ‘ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes’, e iv) ‘participar das audiências sem contato visual com os outros acusados’. (BRASIL, 2016, p. 27).

Cabe ponderar, ainda, acerca da natureza de negócio jurídico processual, o que dispõem o artigo 4º, *caput*, e o parágrafo 7º, da Lei nº. 12.850/2013, sobre a voluntariedade do agente, a regularidade dos termos da proposta e do acordo e a legalidade dos seus termos, requisitos de validade.

Acerca da voluntariedade na celebração do acordo de colaboração premiada, ponderam Aires e Fernandes:

Constatado isto, é possível a melhor compreensão de que a colaboração premiada ora em estudo se trata necessariamente de um acordo, baseado, portanto, no consenso entre as partes. E tratando-se de consenso, é lógica a necessidade de estar presente a voluntariedade do colaborador, para a realização do acordo. Por outro lado, tratando-se de acordo, também é preciso que as partes se vejam munidas de segurança jurídica naquilo que estabeleceram.

No que se refere ao primeiro fator, há de se distinguir, em um primeiro momento, voluntariedade de espontaneidade.

Para que o acusado se torne colaborador, deve realizar o acordo de maneira voluntária. Contudo, seu ato de vontade não precisa ser espontâneo. Em outras palavras, não há a necessidade de que a intenção de praticar o ato nasça exclusivamente da vontade do colaborador, nada impedindo que esta vontade receba influências de seu defensor, do delegado de polícia, ou do Ministério Público. Estas influências, no entanto, devem estar livres de qualquer forma de coação - física, moral ou psicológica - ou mesmo de promessas de vantagens ilegais.

Na tentativa de assegurar a voluntariedade do colaborador é que o procedimento legal prevê - levando em consideração a frequente vulnerabilidade jurídica, técnica, psíquica, etc., do colaborador - a necessidade de assistência do defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração; a necessidade de declaração de aceitação tanto do colaborador quanto do defensor para formalização do termo de acordo; a homologação judicial para análise dos requisitos legais; entre outras disposições. (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 266).

Em contraponto à voluntariedade e restrição da liberdade do colaborador, Suxberger e Mello, em artigo sobre o tema, colocam a prova à voluntariedade em momento de fragilidade, decorrente da prisão do colaborador:

O estudo reclama, assim, de um direcionamento mais preciso, sob pena de nada acrescentar ao atual cenário de discussões. O critério para delimitação temática consistiu numa indagação que já despertou intensos debates, mas ainda se encontra distante de qualquer tipo de consenso: é possível admitir que o acordo de colaboração premiada seja firmado no momento de maior vulnerabilidade do colaborador - a prisão?

Quando se decide investigar a voluntariedade dos acordos de colaboração premiada, não há como se esquivar da dura crítica referente à restrição da liberdade do colaborador. Es-

ses dois institutos — prisão preventiva e colaboração premiada —, embora não possuam (ou não devam possuir) um vínculo natural de causa e efeito, veem-se intrinsecamente ligados na prática. (SUXBERGER; MELLO, 2017, p. 192).

Sobre esse aspecto, ficou consignado no acórdão do HC STF nº. 127.483:

A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha *com* liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente *em* liberdade, no sentido de liberdade física.

Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração.

Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia. (BRASIL, 2016, p. 32, grifo do autor).

E negar ao colaborador preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração premiada, de fato, representaria infundada restrição de direitos, como bem concluíram Suxberger e Mello, em artigo sobre o tema:

A grande crítica que se pode fazer ao debate ora apresentado é o fato de que um problema pontual, supostamente ocorrido no âmbito de uma investigação, tem sido apresentado como um problema estrutural do instituto da colaboração premiada. Não se pode esquecer que as medidas adotadas com o intuito de mitigar supostas ilegalidades ocorridas na Operação Lava-jato terão reflexo em futuras investigações.

Como visto, a colaboração premiada se apresenta como importante estratégia defensiva, notadamente nos casos em

que o acervo probatório é bastaste desfavorável ao acusado ou investigado. Nesses casos, é possível que o réu seja preso preventivamente, de forma legítima, se demonstrada, por exemplo, a gravidade concreta da sua conduta e preenchidos os demais requisitos do art. 312 do CPP.

Em um cenário como esse, não é a prisão preventiva, por si só, que irá estimular a colaboração premiada, mas a real probabilidade de que a persecução penal resulte em uma condenação à elevada pena privativa de liberdade.

Frise-se: o réu estaria preso preventivamente de forma legítima, pois preenchidos os requisitos legais. Nesses casos, é interessante para o réu colaborar. É uma estratégia, que a defesa pode optar por seguir, ou não, após analisar todos os elementos que pesam contra o réu. Retirar a possibilidade de o acusado (ou investigado) preso preventivamente colaborar significaria deixar aqueles que mais necessitam da colaboração sem essa importante alternativa.

A colaboração não deve ser encarada como algo negativo para a defesa, mas como uma opção que pode suavizar significativamente a reprimenda do acusado, que potencialmente seria condenado a penas elevadas, no regime fechado. Isso, porque, para que seja admitida a utilização da colaboração premiada, pressupõe-se que o réu esteja sendo acusado de crimes graves, com penas superiores a quatro anos, ou de caráter transnacional. (SUXBERGER; MELLO, 2017, p. 219).

Abarcar a hipótese de prisão preventiva ou temporária enquanto condição para firmar acordo de homologação premiada ou mesmo impor a autoincriminação, com a confissão, não encontra qualquer respaldo legislativo, ferindo, de pronto, a dignidade e os direitos fundamentais mais balizares da Constituição. Contudo, não subsiste relação intrínseca entre a prisão provisória, que deve manter seus requisitos de cautelaridade, com o acordo de homologação premiada, tampouco razões para limitar o direito daquele preso, em firmar acordo de colaboração, que decerto lhe conferirá,

atendida a eficácia legal, as benesses acordadas e homologadas pelo juízo.

E acerca da homologação, consignou o Ministro relator do julgado, objeto do presente estudo:

Em outras palavras, a homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.

A homologação judicial constitui *simples fator de atribuição de eficácia* do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes. Cabe aqui uma ressalva: se o juiz se limitar a homologar, *in totum*, o acordo, essa decisão deverá ser considerada fator de atribuição de eficácia.

Todavia, se o juiz intervier em seus termos, para glosar cláusulas (v.g., por ilegalidade) ou readequar sanções premiaias, de modo a modificar a relação jurídica entre as partes, a decisão homologatória do acordo de colaboração deverá ser considerada elemento de existência desse negócio jurídico processual. (BRASIL, 2016, p. 38-39, grifo do autor).

Uma vez satisfeitos os planos da existência, validade e eficácia da colaboração premiada, o prêmio negociado ao colaborador advirá do cumprimento das obrigações pactuadas, dentre as hipóteses discriminadas no artigo 4º da Lei nº. 12.850/2013, que assim prescreve:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena priva-

tiva de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013a).

Marcos Paulo Dutra Santos, citando os autores Gustavo Sena, Américo Bedê Junior, Cleber Masson e Vinícius Marçal, aduz acerca dos benefícios da colaboração premiada:

A Lei nº 12.850/13 foi a única a regular o procedimento atinente à colaboração, nos artigos 4º a 7º. A par dos benefícios enumerados no *caput* do artigo 4º, e dos resultados a serem alcançados para o deferimento, as disposições procedimentais aplicam-se, analogicamente, às demais hipóteses de delação, nada obstante a especialidade, afinal, nos moldes do artigo 3º do Código de Processo Penal, ‘a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito’.

A partir de uma interpretação textual dos §§2º, 6º a 9º e 11 do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, parte substancial da doutrina tem condicionado a premiação da colaboração ao pacto previamente celebrado entre o Ministério Público e o imputado, homologado judicialmente. Por conseguinte, autores

como Cleber Masson e Vinícius Marçal, bem como Andrey Borges de Mendonça, debruçando-se sobre o requerimento de perdão judicial pelo Ministério Público, previsto no §2º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, e o não oferecimento da denúncia, nos moldes do §4º do citado artigo 4º, lecionam ser caso de arquivamento, mas pautado em um acordo de não denunciar ou de imunidade, que seria uma ‘causa extintiva da punibilidade *sui generis*’, fazendo coisa julgada material, após a homologação judicial, sem possibilidade de retomar a ação penal em face do colaborador. (SANTOS, 2017, p. 150).

Por sua vez, não advindo os resultados almejados, o colaborador não fará jus às benesses pactuadas, diante do inadimplemento do acordo de colaboração premiada. Nessa estreita relação entre a colaboração para coleta dos meios de obtenção de prova e os benefícios advindos dessa relação, entendeu o pleno do Supremo Tribunal Federal que o negócio jurídico processual da colaboração premiada possui traço de personalíssimo, não podendo, portanto, ser impugnado por terceiro, ainda que coautores ou partícipes (BRASIL, 2016, p. 39).

Ora, vinculando os benefícios acordados com os resultados obtidos, de um lado, apenas ao colaborador é legítimo deferir as benesses exatamente pela colaboração ao incremento do acervo probatório ter partido de seu ato voluntário; de outro lado, como outrora afirmado, sendo a colaboração premiada meio de obtenção de prova, não constituindo prova propriamente dita, seus termos não atingem, por si sós, a necessidade de construção probatória para eventual persecução penal em face de corréu delatado, sendo o processo local apropriado, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, para que eventual terceiro citado possa impugnar e contraprovar os elementos indiciários que porventura lhe prejudiquem.

A decisão do *Habeas Corpus* nº. 127.483/PR STF, aliás, bem elenca outras hipóteses de colaboração que independam da homologação de acordo:

Tanto isso é verdade que o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e no art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), *independe* da existência de um acordo formal homologado judicialmente.

Ao disciplinarem a delação premiada, esses outros diplomas legais reputam suficiente, para a aplicação das sanções premiais, a colaboração efetiva do agente para a apuração das infrações penais, identificação de coautores ou partícipes, localização de bens, direitos ou valores auferidos com a prática do crime ou libertação da vítima, a demonstrar, mais uma vez, que não é o acordo propriamente dito que atinge a esfera jurídica de terceiros.

Corroborando essa assertiva, ainda que o colaborador, por descumprir alguma condição do acordo, não faça jus a qualquer sanção premial por ocasião da sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13), suas declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa. (BRASIL, 2016, p. 40-41, grifo do autor).

Não por outra razão, a própria Lei nº. 12.850/2013 prevê, em seu artigo 4º, parágrafo 16, que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.” (BRASIL, 2013a).

Walter Barbosa Bittar, em referência ao Código de Processo Penal Italiano e a doutrina de Gema Martinez Galindo, afirma que:

Nessa perspectiva, a doutrina alertava para a necessidade da denominada prova de corroboração, vale dizer, como a

delação premiada não legitima, isoladamente, a condenação dos delatados, impõe-se a obtenção da prova de corroboração, consistente em elementos que permitam concluir pela veracidade da versão apresentada pelo acusado delator. (BITTAR, 2017).

O acordo de homologação premiada, portanto, mantendo o traço personalíssimo entre os negociantes, não representaria restrição à atividade probatória de terceiro delatado, no bojo de eventual processo penal em que este figura como acusado ou indiciado, tampouco representa uma flexibilização no ônus da acusação, que se mantém na mais absoluta incumbência do órgão ministerial, sendo lícito àquele contrapor eventual elemento indiciário ou prova que contra si formar o agente colaborador.

Agente colaborador, aliás, sobre o qual não deve recair a presunção de má-fé, de que sua personalidade se volte exclusivamente a apontar a participação de terceiros nos fatos delatados, sem o emprego de elementos mínimos para obtenção de provas e assim, partir de uma presunção absoluta de produção de prova ilícita e ausência de confiança, sendo a análise desta última realizada objetivamente, conforme os resultados alcançados com a colaboração.

Personalidade esta que não constitui obstáculo para o acordo de colaboração premiada, afinal, na disciplina da Lei nº. 12.850/2013 estamos tratando de organizações criminosas, mas, que representa, conforme apontado no julgado pelo Ministro Dias Toffoli:

[...] vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração, notadamente a 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). (BRASIL, 2016, p. 54).

Sobre o critério da confiança, apontou o Ministro Relator:

Também a ‘confiança’ no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração.

Diversamente do que sustentam os impetrantes, a confiança não se extrai, previamente, da personalidade, das características pessoais ou dos antecedentes do delator; ela é construída objetivamente a partir da fidedignidade das informações por ele prestadas, dos elementos de prova que concretamente vierem a corroborá-las e de sua efetividade para as investigações.

Tanto isso é verdade que, para a validade do acordo, pouco importa o móvel do agente colaborador. (BRASIL, 2016, p. 55-56).

E no que tange à extensão da sanção premial acordada, se o acordo de colaboração premiada regula efeitos penais, nada obsta que o mesmo acordo regule os efeitos extrapenais, inclusive aqueles que adviriam de eventual sentença condenatória. Assim, sendo eficaz o resultado pretendido com o acordo, consignou o relator, citando a Convenção de Palermo e Convenção de Mérida, ambas ratificadas pelo Brasil:

Embora o confisco, de acordo com o art. 92, II, c, do Código Penal, não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma *interpretação teleológica* das expressões ‘redução de pena’, prevista na Convenção de Palermo, e ‘mitigação de pena’, prevista na Convenção de Mérida, permite que elas compreendam, *enquanto abrandamento das consequências do crime*, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação.

Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (*no sentido, repita-se, de abrandamento das consequências do crime*), parece-me lícito, *sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema*, que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador dentre as “condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia” (art. 6º, II, da Lei nº 12.850/13), possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa. (BRASIL, 2016, p. 60, grifo do autor).

Com o alcance do resultado pretendido, sendo eficaz o acordo de colaboração premiada, o colaborador possui direito subjetivo às benesses firmadas, impondo ao Estado, com base no princípio da proteção da confiança e segurança jurídica, o cumprimento das condições firmadas, valendo-se o colaborador de meios jurídicos hábeis a assegurá-lo, em havendo inadimplemento.

Citando a doutrina de Humberto Ávila, consignou o Ministro relator, sobre a segurança jurídica:

A segurança jurídica, de acordo com Humberto Ávila, traduz-se na ‘exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis’ (‘confiabilidade’), bem como na possibilidade de o cidadão conseguir prever, com alto grau de determinação (certeza relativa), o conteúdo das normas a que está sujeito (‘determinabilidade’) e, em medida razoável de profundidade e extensão, as consequências jurídicas que serão atribuídas a seus atos e que o ordenamento determina que sejam implementadas (‘calculabilidade’) - *op. cit.*, pp. 130 174-179.

Finalmente, enquanto a dimensão objetiva da segurança jurídica demanda estabilidade e credibilidade do ordenamento jurídico, sua dimensão subjetiva demanda a intangibilidade de situações subjetivas, com base no princípio da proteção da confiança (Humberto Ávila, *op. cit.*, pp. 145-146). (BRASIL, 2016, p. 64).

Pelo princípio da segurança jurídica, que na Constituição da República possui contornos no princípio da moralidade, reconhece-se que o agente colaborador, ao firmar pacto de colaboração premiada, atrai riscos de toda monta, sendo imprescindível, com base nesse princípio, que o Estado também se vincule aos termos do acordo de colaboração premiada, conferindo as benesses pactuadas e homologadas pelo juízo.

2.4.2. A colaboração premiada e breves considerações acerca da gestão das provas no sistema acusatório

Em seu voto no julgado, objeto do presente estudo, consignou a Ministra Rosa Weber, em seus termos:

Do mesmo modo, mostra-se *prematureo*, senão *impróprio*, invadir as *minúcias* da negociação entre o Ministério Público e o citado agente colaborador, da qual, aliás, *por expressa previsão legal*, deve a autoridade judiciária ficar afastada (art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/2013). (BRASIL, 2016, p. 118).

A decisão do Supremo Tribunal Federal, não obstante a previsão legal, reforça que, na seara do acordo de homologação premiada, deve o magistrado manter-se afastado das tratativas, delas não participando.

Considerando que o acordo de colaboração premiada mantém viés inquisitório, pondera Soraia de Rosa Mendes, citando Luiz Antônio Borri e Rafael Junior Soares:

Contudo, desde um ponto de vista garantista, a colaboração premiada em muito aproxima-se de um modelo inquisitório porquanto muitas vezes tomada como instrumento a satisfazer a sede de aplicar punições em processos não raro distanciados dos marcos do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais que lhe dão sustentação, em especial do direito de defesa no que concerne, por exemplo, ao registro das declarações por meio audiovisual como analisado por *Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares* (em *A Obrigatoriedade do Duplo Registro da Colaboração Premiada e o Acesso pela Defesa Técnica*).

De forma aberta ou subliminar o instituto, e a apreçada necessidade de sua utilização, legitima-se a partir de um discurso voltado a um suposto dever cívico, que na Inquisição era significado sob o manto da obediência. Um discurso capaz de atravessar não só o Continente Latino-americano, como de encontrar eco em diversos outros pontos do *mapa mundi*. (MENDES, 2017, p. 32).

Contudo, em contraponto, Luiz Antônio Borri e Rafael Junior Soares, em artigo, vislumbam o sistema acusatório no acordo de colaboração premiada, ao impor o afastamento do magistrado nas negociações:

O acordo de colaboração premiada será entabulado entre Ministério Público, Delegado de Polícia e o acusado/investigado (art. 4º, §6º, Lei 12.850/13), sempre assistido por advogado (art. 4. §§ 14 e 15, Lei 12.850/13), sem a participação do Magistrado, o qual ficará incumbido apenas da homologação do acordo, oportunidade em que examina a regularidade, legalidade e voluntariedade da negociação (art. 4º, §7º, da Lei 12.850/13). Trata-se de medida salutar o afastamento do juiz da fase de negociação, como forma de evitar a inversão do sistema acusatório, pois um de seus principais pontos de apoio, diz respeito à gestão da prova, não se mostrando prudente que o julgador participe da fase investigativa produzindo elementos informativos, sob pena

de comprometer o convencimento da fase judicial. (BORRI; SOARES, 2017, p. 170-171).

Entende-se por sistema inquisitório, em breves linhas, um modelo de sistema processual em que se confundem as figuras do acusador e julgador, mantendo toda atividade cognitiva e de gestão das provas nas mãos da mesma autoridade; por sua vez, no sistema acusatório, há separação clara entre as funções de acusar, defender e julgar, ficando a gestão das provas nas mãos das partes estabelecidas no processo penal, com todas as garantias individuais inerentes à construção de processo penal democrático e constitucional.

Firmando as raízes do sistema inquisitório no seio da Igreja Católica, através do IV Concílio de Latrão, em 1215, pondera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma ‘verdade’ a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou; e a confissão virou *regina probationum*.

Se o inquirido resistisse, merecidamente poderia ser absolvido; e de alguns se tem notícia. Era algo um tanto difícil, usando-se – como se usava – os métodos de perquirição. A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus. (COUTINHO, 2009, p. 5-6, grifo do autor).

Como forma de antecipação de culpa, ante a gestão da investigação secreta por parte do juiz investigador, afirma José de Assis Santiago Neto, citando a doutrina de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Leonardo Augusto Marinho Marques:

No sistema inquisitório, parte-se de uma investigação secreta, na qual o juiz investigador possui a gestão da prova e pode demonstrar antecipadamente a culpa (MARQUES, 2009, p. 147), e, ao se autorizar que o juiz instaure de ofício o processo, acaba-se por permitir que o juiz tome a decisão de forma antecipada, antes de qualquer prova, passando, então, a buscar os elementos para justificar sua decisão previamente definida. Este fato é chamado por Franco Cordero de 'quadro mental paranóico' (COUTINHO, 2001, p. 37). (SANTIAGO NETO, 2011a, p. 80).

Sobre o sistema inquisitório, assevera Leonardo Augusto Marinho Marques:

O princípio inquisitório inspira-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação relevante, o princípio prima pelo poder concentrado e sem controle, voltado para a realização do Direito Penal. Ele molda o método inquisitivo a partir de uma investigação secreta da verdade, na qual o Juiz investigador detém a gestão da prova e o poder de demonstrar a culpa antecipadamente.

Dotado de elevado grau de racionalidade, o princípio inquisitório promove a descontinuidade entre a instrução e o julgamento e concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. Acumulando as funções acusatória, defensiva e judicante, em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real. (MARQUES, 2009, p. 147).

No que toca ao sistema acusatório, ressalta José de Assis Santiago Neto, citando a doutrina de Aury Lopes Júnior e Hélio Tornaghi:

O sistema acusatório é marcado por configurar-se em um processo de partes, no qual há a completa dissociação entre a atividade de acusar e a tarefa de julgar, assim a iniciativa probatória compete exclusivamente às partes, mantendo-se o juiz como um terceiro imparcial e proporcionando tratamento isonômico às partes que atuam em contraditório, sendo o acusado sujeito de direitos e não mero objeto do processo. O processo acusatório, em regra é oral e público e não há nenhuma tarifação da prova, primando a sentença pelo livre convencimento fundamentado do julgador. Já ainda o duplo grau de jurisdição, pela possibilidade das decisões serem impugnadas por meio dos recursos e a coisa julgada que visa atribuir segurança à decisão (LOPES JÚNIOR, 2010c, p. 154-155; 2010a, p. 60-61).

Hélio Tornaghi (TORNAGHI, 1959, p. 200) sintetiza a distinção entre o sistema acusatório e o inquisitório salientando que a diferença consiste no fato de que no modelo acusatório as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a órgãos distintos (acusador, defensor e juiz), já no procedimento inquisitório as funções se misturam nas mãos de um só órgão. (SANTIAGO NETO, 2011a, p.78).

Como primado da democracia, acerca do sistema acusatório, pondera Leonardo Augusto Marinho Marques:

Seguindo o caminho contrário, o princípio acusatório viabiliza a democracia processual, instituindo a descentralização do poder. Optando pelo poder compartilhado e controlado, mira a tutela dos direitos fundamentais. O princípio configura o método acusatório como um debate público, oral, contínuo, em contraditório, promovido pelas partes. Na verdade, ele transforma o processo penal em um ambiente argumentativo de abrangente proteção aos direitos humanos.

A meta de exercício compartilhado e controlado de poder exige que a função acusatória e a função defensiva sejam entregues às partes, abrangendo naturalmente a iniciativa probatória. Em consequência, as provas deixam de ser produzidas de ofício e sigilosamente, sob o argumento de que se busca a verdade, e passam a ser introduzidas pelos destinatários do provimento, à luz da publicidade, para serem incorporadas no julgamento.

Nesse quadro, a decisão final deixa de ser uma pré-compreensão de uma realidade, formulada por um único sujeito, para se converter em um raciocínio devidamente problematizado, que enfrenta possibilidades distintas e resulta da ampla argumentação jurídica que se desenvolve em torno do caso concreto. Decerto, o princípio acusatório assegura a unidade entre a produção da prova, o debate e o julgamento. (MARQUES, 2009, p. 147-148).

Contrapondo o sistema inquisitório ao acusatório, prosseguindo Santiago Neto, citando a doutrina de Leonardo Augusto Marinho Marques e Gilberto Thums:

Dessa forma, o princípio inquisitório concentra nas mãos do juiz todo o conhecimento adquirido na investigação, sendo que o julgador acumula as funções de acusar, defender e de julgar. O procedimento inquisitório acaba por excluir as partes, proporcionando que o juiz, de modo solitário, construa todo o saber que será, ao final, anunciado como a verdade real. (MARQUES, 2009, p. 147). Gilberto Thums (THUMS, 2006, p. 258) ressalta que o processo acusatório demanda um juiz espectador, enquanto no procedimento inquisitório o juiz detém os poderes de investigação, figurando como um juiz ator.

Como vimos no capítulo anterior, o paradigma democrático exige que o juiz tenha revista sua participação no processo, deixando de ser ator para adotar postura de espectador. Daí, resta fácil que o único sistema compatível com o paradigma democrático é o processo acusatório. (SANTIAGO NETO, 2011a, p.79).

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, todos os sistemas processuais, na verdade, são mistos:

Ora, se todos os sistemas processuais penais da atualidade são *mistos* e, desde a noção de *sistema* não se pode ter um *sistema misto*, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual; e não fático.

Desde uma visão mais adequada, os *sistemas são mistos* não por força da simples somatória dos elementos que os integram mas, fundamentalmente, porque em sendo *sistemas regidos pelo princípio inquisitivo*, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano. (COUTINHO, 2009, p. 13, grifo do autor).

Com o avançar dos direitos fundamentais, Lênio Luiz Streck assevera que a construção de um processo penal democrático somente emergirá com o nascedouro do sistema acusatório, afastando o protagonismo judicial que ainda impera (STRECK, 2009, p. 120).

Nas linhas de José de Assis Santiago Neto, no Estado Democrático de Direito, o processo penal constitucional emergirá quando o magistrado assumir função igualitária com as partes devidamente estabelecidas, contribuindo para construção participativa da decisão, o que se obtém com irrestrita observância do contraditório e ampla defesa (SANTIAGO NETO, 2011b, p. 109).

Nesse cenário, de participação das partes na construção do provimento final, ganha relevo a decisão no HC nº. 127.483/

PR, que reconhecendo a natureza de negócio jurídico processual, conferiu ao Ministério Público e ao agente colaborador a autonomia negocial, sem interferência do magistrado, para acordar quanto aos meios de obtenção de prova.

Fixada a premissa de que a colaboração premiada é negócio jurídico processual, as partes estabelecidas, aqui considerando o Ministério Público de um lado, órgão constitucionalmente incumbido da acusação, e de outro o colaborador investigado, podem realizar referido acordo que, respeitados os limites da regularidade, legalidade e voluntariedade, impõem ao magistrado a homologação, sem interferência sobre as cláusulas pactuadas. Assim, não cabe ao Poder Judiciário indevida ingerência sobre os aspectos do acordo e, conseqüentemente, sobre o alcance dos elementos indiciários e da prova formada ao longo do processo penal.

Nesse desiderato, manter a cognição judicial afastada dos elementos levantados em sede de acordo de colaboração premiada representa um avançar ao sistema acusatório, com vistas à efetivação, talvez ainda modesta, de um processo penal democrático.

Mais relevante notar que, homologado o acordo e obtidos os resultados esperados, constitui direito subjetivo do colaborador a sanção premial acordada com o órgão de acusação, como consectário no princípio da proteção da confiança e segurança jurídica, não cabendo ao judiciário, salvo na ineficácia ou ilegalidade do acordo, modificar as cláusulas e condições pactuadas ou indeferir a benesse premial negociada.

Assim, ao determinar o dever do Poder Judiciário no cumprimento do acordo firmado pelo Estado-acusação, fomenta-se a autonomia no pacto firmado pelas partes do processo, bem como a liberdade, regrada na lei, na produção dos ele-

mentos de prova sem a participação do julgador; ademais, fomentado, através do acordo de colaboração premiada, a obtenção dos meios de prova, prestigia-se a construção do provimento final, uma vez que, atingida a legalidade e eficácia, o direito subjetivo do colaborador a sanção premial lhe fornece a plena participação e conhecimento da sentença que lhe é aplicada.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem na Petição nº. 7074/DF, pendente de publicação, assentando as balizas na decisão tomada no *Habeas Corpus* nº. 127.483/PR, definiu que a homologação do acordo de colaboração premiada, de competência monocrática do Ministro relator, nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, restringe-se a legalidade, regularidade formal e voluntariedade na fixação do acordo, consignando, portanto, “que acordo homologado como regular, voluntário e legal gera vinculação condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração.” (BRASIL, 2017a, p. 2).

Asseverando o afastamento do magistrado no acordo de colaboração premiada, conforme noticiado no informativo do Supremo Tribunal Federal nº. 870, assentou a Corte Suprema na Questão de Ordem na Petição nº. 7074/DF:

Destacou, ainda, que atualmente não há mais controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto, considerado, em termos gerais, um negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público e o colaborador. Essa característica é representada pelas normas extraídas dos §§ 6º e 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013, as quais vedam a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes e estabelecem os limites de cognoscibilidade dos termos pactuados. Trata-se, portanto, de meio de obtenção de prova cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a quebra do sigilo

bancário ou fiscal e com a interceptação de comunicações telefônicas. (BRASIL, 2017a, p. 2).

Respeitados os limites da voluntariedade, legalidade e regularidade, as tratativas dos termos do acordo são mantidas exclusivamente entre o Ministério Público e o colaborador, indispensável à homologação, que não gera qualquer carga valorativa sobre as declarações.

Ressaltando prestígio ao sistema acusatório, assentou o Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado no informativo nº. 870:

Entendimento contrário colocaria em risco a própria viabilidade do instituto, diante da iminente ameaça de interferência externa nas condições acordadas pelas partes, reduzindo de forma significativa o interesse no ajuste. Essa “postura equidistante” do juiz em relação às partes no processo penal informa o citado comando legal que prestigia o sistema acusatório. Se as declarações do colaborador são verdadeiras ou respaldadas por provas de corroboração, esse juízo será feito apenas “no momento do julgamento do processo”, no momento diferido, qual seja, na sentença, conforme previsto no § 11 do art. 4º da Lei 12.850/2013. Nessa etapa, serão analisados os elementos trazidos pela colaboração e sua efetividade. (BRASIL, 2017a, p. 2).

Quanto ao implemento das benesses firmadas no acordo, ponderou mais uma vez o Supremo Tribunal Federal:

Consignou que a última palavra será sempre do Colegiado, inexistindo quaisquer óbices jurídicos de índole subjetiva ou objetiva aptos a impedir a atuação do relator. O julgamento de mérito será levado a efeito pelo colegiado de juízes do STF ao apreciar os termos e a eficácia do acordo de colaboração. Reside na ambiência inafastável do Ple-

no a atribuição de juiz natural nos termos da competência deferida pela ordem jurídica, o que não contrasta com os regimentais poderes instrutórios e mesmo cautelares do relator. (BRASIL, 2017a, p. 3).

Enfatizando o aspecto do sistema acusatório, parâmetro da imprescindível autonomia das partes ao estabelecer o acordo de colaboração premiada, sem indevida ingerência do Poder Judiciário nessa seara, o Ministro Celso de Mello, em precioso voto proferido na Questão de Ordem na Petição nº. 7074/DF, destaca:

Cumpra enfatizar, bem por isso, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal garantirá, de modo pleno, às partes envolvidas nos litígios penais, na linha de sua longa e histórica tradição republicana, o direito a um julgamento justo, imparcial e independente, com rigorosa observância de um dogma essencial ao sistema acusatório: o da paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de persecução penal, em contexto que, legitimado pelos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, repele a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência. (BRASIL, 2017b, p. 4).

Destacando o modelo de justiça criminal, em que as partes fundam as soluções jurídicas pelo consenso, o Ministro Celso de Mello prossegue em seu voto na Questão de Ordem da Petição nº. 7074/DF:

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça

criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal.

Esse aspecto que venho de referir mostra-se adequado a um modelo, iniciado na década de 1990, que claramente introduziu um novo paradigma de Justiça criminal, em que o elemento preponderante passa a ser o consenso dos protagonistas do próprio litígio penal.

Na realidade, a colaboração premiada ajusta-se, de certo modo, a esse novo paradigma que consagra, agora de maneira muito mais expressiva, considerado o marco normativo resultante da Lei nº 12.850/2013, um modelo de Justiça consensual, em que prevalece, tendo em vista os benefícios de ordem premial acessíveis ao autor do fato delituoso, o princípio da autonomia de sua vontade. (BRASIL, 2017b, p. 10).

E, conforme suficientemente demonstrado, atingindo a colaboração premiada os resultados perseguidos, sendo relevante e eficaz o resultado alcançado, o pacto firmado com a figura do Estado-Acusação, vincula-se o Poder Judiciário na concessão das benesses acordadas. Na lição do Ministro Celso de Mello, em voto na Questão de Ordem da Petição nº. 7074/DF:

É importante deixar assinalado, neste ponto, que o acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, vincula o Poder Judiciário no julgamento final da causa penal, desde que as obrigações assumidas pelo agente colaborador tenham sido por este realmente cumpridas, pois – insista-se – é da efetiva execução das cláusulas ajustadas em referido pacto negocial que se viabilizará a concessão, ao agente colaborador, dos benefícios de ordem premial que por ele foram ajustados com o Estado. (BRASIL, 2017b, p. 16-17).

Nesse diapasão, embora vencidos, causa preocupação, por violação aos princípios da proteção da confiança e segurança jurídica, os votos divergentes apontados principalmente pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, na Questão de Ordem da Petição nº. 7.074/DF, que, ainda fortemente apegados ao protagonismo judicial, insistiram, não obstante a votação unânime no mérito do HC nº. 127.483/PR, na tese de que caberia ao órgão julgador avaliação ampla sobre o acordo de homologação, aprofundando a avaliação da legalidade do acordo, bem como ingerência sobre a extensão da sanção premial pactuada. (BRASIL, 2017a, p. 3-4).

Acentuando o componente de um conteúdo social e ético, prossegue o Ministro Celso de Mello, citando julgado de sua lavra e do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que os princípios da proteção da confiança e segurança jurídica representam corolários, “tornando inderrogáveis as obrigações impostas ao Estado no contexto de acordos de colaboração premiada que o Poder Público tenha celebrado com agentes colaboradores”. (BRASIL, 2017b, p. 25).

Vinculando o Estado aos termos do acordo de colaboração premiada, como legítima expectativa do colaborador, como instrumento apto a construção comum dos elementos indiciários e da prova produzida em processo penal, vislumbra-se que a decisão tomada no *Habeas Corpus* nº. 127.483/PR possa representar, ainda que tímido talvez, um caminho na efetividade do plano acusatório no processo penal brasileiro.

3. Conclusão

Possível concluir nesse desiderato, no julgamento do *Habeas Corpus*, objeto do presente estudo, assentadas suas balizas novamente na Questão de Ordem da Petição nº. 7074/DF, que se resguarda a autonomia das partes formalmen-

te estabelecidas para celebração de acordo de colaboração premiada, sem a ingerência do Poder Judiciário; respeitadas as premissas da legalidade, regularidade e voluntariedade, quando da homologação do acordo, e as balizas da eficácia e relevância dos elementos de prova obtidos, quando do julgamento final, imperioso ao Estado, por quaisquer de seus órgãos e agentes, o respeito e a vinculação aos termos do acordo, inclusive quanto ao alcance das benesses negociadas, aproximando o instituto do enfoque acusatório.

Tal garantia, ao passo que reforça a figura do Ministério Público como instituição permanente (art. 127, *caput*, da Constituição da República)¹, garantida sua independência funcional (art. 127, parágrafo 1º, da Constituição da República)², como titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, *caput* e inciso I, da CR/88)³, promove a efetiva participação do acusado em todos os atos do procedimento e do processo, incluindo seu direito de gerir os elementos indiciários e as provas subsumidas a celeuma processual penal, permitindo, ainda, o pleno alcance da decisão final de mérito, como forma de influência e coparticipação de sua “própria decisão”, funcionando o magistrado como garantidor dos direitos fundamentais, ideal do cenário acusatório.

Juízo de Garantias, portanto, que conformando sua atuação nas ilegalidades e abuso, que porventura advenha inclusive da atuação do órgão ministerial, assegura a importância da originalidade cognitiva no processo penal, que na lição de Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa pode ser sintetizada:

1 Art. 127, *caput*, da CR/88 diz: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. (BRASIL, 2016, p. 55).

2 Art. 127, parágrafo 1º, da CR/88 diz: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”. (BRASIL, 2016, p. 55).

3 Art. 129, inciso I, da CR/88 prevê que compete ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. (BRASIL, 2016, p. 55).

A condição de terceiro é a de ignorância cognitiva em relação às provas, ao conteúdo probatório, já que o acerto das condutas deve ser novidade ao julgador. O juiz é um sujeito processual (não parte) ontologicamente concebido como um ignorante, porque ele (necessariamente) ignora o caso em julgamento. Ele não sabe, pois não deve ter uma cognição prévia ao processo. Deixará o juiz de ser um ignorante quando, ao longo da instrução, lhe trouxerem as partes às provas que lhe permitirão então conhecer (cognição).

Logo, no regime de instrução do processo, não se pode aceitar juiz contaminado por informações decorrentes de atuações anteriores em processos findos ou paralelos. Isso porque ele já sabia de condutas e provas que deveria não saber. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2016, p. 2).

Avançar o julgador sobre os elementos ainda em formação no acordo de colaboração premiada é impossibilitar a sua imparcialidade, no momento da instrução das provas sob contraditório e ampla defesa, essencial para construção de uma democracia, tornando a instrução “apenas confirmatória e simbólica de uma decisão previamente tomada.” (LOPES JUNIOR; ROSA, 2016, p. 3).

Nesse diapasão, o acordo de colaboração premiada revela-se um procedimento de partes estabelecidas no entorno da gestão dos elementos indiciários e formação da prova no processo penal, levando a uma decisão final de mérito favorável ao colaborador, dentre as hipóteses de relevância e eficácia no resultado perseguido.

Assim, *máxima vênia*, releva-se contraproducente, violador do princípio da segurança jurídica, ferindo a legítima expectativa das partes no provimento que garanta o prêmio negocial, conforme elementos e provas voluntárias, eficazes e legalmente produzidas, afirmar que a homologação do acordo de colaboração premiada exige controle efetivo e eficaz,

não se falando em preclusão da análise, a permitir a revisão de todo o acordo por ocasião do julgamento final, conforme assentado pelo Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento da QO-PET 7074, pendente de publicação. (BRASIL, 2017a, p. 3-4).

Possível, portanto, traçar o paralelo entre os acordos de colaboração premiada e o sistema acusatório, à luz do *Habeas Corpus* STF nº. 127.483/PR, uma vez que a celebração do referido acordo garante às partes a gestão dos elementos indiciários e das provas que serão produzidas, no manto do contraditório e ampla defesa, no bojo do processo penal, bem como garante o direito do colaborador ao prêmio negocial, dentre as hipóteses legais de eficácia e voluntariedade previstas.

Desnuda-se, ainda, a imprescindível manutenção da cadeia de custódia sobre a prova formada, assegurando a gestão dela nas mãos das partes, sem a ingerência do Poder Judiciário, posto indevida em tal momento procedimental, senão como assegurador de garantias fundamentais, afastando, assim, a cognição prévia do julgador aos elementos, evitando a contaminação e a firmação cognitiva sobre os elementos do órgão acusador.

Por ponto de partida a preservação da fonte de prova, Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa, citando Geraldo Prado e Lênio Streck, argumentam:

Explica o autor que a alteração das fontes contamina os meios e que sua não preservação afeta a credibilidade desses meios. De nada adianta argumentar em torno do 'livre convencimento motivado', pois existem *standards* de validade não dispostos, que asseguram o caráter racional-legal da decisão e imuniza dos espaços impróprios da discricionariedade e do

decisionismo (o absurdo ‘decido conforme a minha consciência’, exaustivamente denunciado por Lenio Streck).

A preservação das fontes de prova, através da manutenção da cadeia de custódia, situa a discussão no campo da ‘conexão de antijuridicidade da prova ilícita’, consagrada no artigo 5º, inciso LVI da Constituição, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita. Existe, explica Geraldo Prado, um sistema de controle epistêmico da atividade probatória, que assegura (e exige) a autenticidade de determinados elementos probatórios. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015, p. 1-2).

O acordo de colaboração premiada, sendo um negócio também endoprocedimental para obtenção de meios de prova, através da necessária participação dos pactuantes, assegura o conhecimento sobre o nascedouro da prova, impedindo que seja manipulada com propostos outros senão a decisão justa.

A manutenção da cadeia de custódia da prova, como primado do sistema acusatório, revela-se no caminhar da decisão judicial sobre a melhor prova, como apontam Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa:

A luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível. Nesse terreno, a estrita observância do acusatório, com claro afastamento das funções de acusar e julgar, mas, principalmente, pela imposição de que a iniciativa probatória seja das partes e não do juiz (recusa ao ativismo judicial), bem como pela maximização do contraditório, são fundamentais. Outra premissa básica neste tema (e em todo processo penal) é: forma é garantia e limite de poder. A importância da ‘tipicidade processual’ é novamente evidenciada.

A manutenção da cadeia de custódia garante a ‘mesmidade’, evitando que alguém seja julgado não com base no ‘mesmo’, mas no ‘selecionado’ pela acusação. A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso as fontes de prova e não ao material ‘que permita’ a acusação (ou autoridade policial). Não se

pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015, p. 5).

E no processo penal a cadeia de custódia atua “como forma de diminuir o espaço impróprio da discricionariedade judicial, fazendo com que a decisão não dependa da valoração do juiz acerca da interioridade/subjetividade dos agentes estatais, [...]”. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015, p. 2).

Diminuído o espaço de protagonismo judicial, fixadas as balizas de um sistema acusatório, a manutenção da gestão dos elementos indiciários e da prova na mão das partes, por intermédio do acordo de colaboração premiada, vedada a presença do julgador na celebração do pacto, fomenta o conhecimento sobre a cadeia de custódia da prova.

Ademais, a celebração do acordo de colaboração premiada, com a inarredável presença do colaborador, garante a não surpresa sobre os elementos formados e as fases da persecução criminal, bem como, restaurando a justiça, permite sua efetiva influência sobre a decisão final de mérito.

Por fim, balizado o presente estudo na figura dos celebrantes deste verdadeiro negócio jurídico processual, sem adentrar nas implicações sobre eventual corréu delatado, não se pode negar que, mesmo nesse caso, definir a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova, e não meio de prova em si, representa ao delatado aproximação com o princípio da presunção de inocência, pois, ela – a colaboração – por si, ou através de corroborações recíprocas ou cruzadas, não pode fundamentar eventual sentença penal condenatória, senão presentes outras provas, colhidas em instrumento processual penal democrático, no crivo do contraditório e ampla defesa.

Pesando sobre o investigado considerável acervo indiciário ou de provas de forte cunho material, a colaboração premiada pode representar a ele uma viável opção, como forma de redução de pena, substituição ou até sua extinção. Por isso, inadmissível, em um Estado Democrático de Direito, restrição a liberdade do investigado ou acusado preso em colaborar com a instrução dos elementos indiciários, pois, como dito, em análise de sua defesa técnica, a colaboração pode afigurar-se boa opção.

O que não se admite, em nenhuma hipótese, sob flagrante violação aos direitos fundamentais e à dignidade humana, a prisão para colaborar com a persecução criminal. Contudo, observados os requisitos da cautelaridade, a justificar legalmente a prisão provisória, não é crível impedir que a este se limite um exercício de direito justo e consectário com os objetivos traçados no plano defensivo, de agregando a uma justiça consensual, possa, desde a formação dos elementos indiciários, conhecer de toda arcabouço probatório, construindo em coparticipação o provimento judicial final.

Contudo, como enfoque do presente estudo, não se nega que representa a colaboração premiada, na relação endo-procedimental, chance talvez ímpar, sem a indevida ingerência do Poder Judiciário, evitando a contaminação da cognição judicial, de ainda na fase procedimental da persecução criminal, efetivamente contar com a plena participação do investigado colaborador na formação e formatação dos elementos indiciários de meios de obtenção de prova, fixação de “Standards” probatórios e a plena participação da prova no processo penal, sem surpresas até o provimento final de mérito, o qual influenciou diretamente, e dos benefícios daí advindos, que lhe constituem direito dentro dos parâmetros de legalidade e eficácia.

Nesta não ingerência no acordo de colaboração premiada, traçam-se caminhos a firmar viés do sistema acusatório, essencial para emergir o processo penal constitucional, no Estado Democrático de Direito, uma vez que garante às partes formalmente estabelecidas, em igualdade de condições, a construção em conjunto dos meios de obtenção de prova, a subsunção das provas advindas do acordo, em contraditório e ampla defesa, incluindo o prévio conhecimento de toda cadeia de custódia da prova, e, por fim, principalmente, a efetiva participação no provimento judicial final de mérito, portanto, a garantia de influência sobre a decisão final, a qual estará a parte vinculada.

4. Referências

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.41>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BORRI, Luiz Antônio; SOARES, Rafael Junior. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.48>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Homologação de acordo de colaboração premiada e limites de atuação do relator. *Informativo n. 870*, Brasília, DF, 19 a 30 de junho de 2017. Data da publicação: 7 jul. 2017a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#Homologa%C3%A7%C3%A3o%20de%20acordo%20de%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20e%20limites%20de%20atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20relator>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal que monocraticamente homologou acordo de colaboração premiada. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outros; Impetrado: Relator da petição nº. 5244 do Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 27 e 28 de agosto de 2015. *DJe*, 4 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4747946>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Celso de Melo na Questão de Ordem na Petição 7.074/DF, Plenário, Rel.: Min: Edson Fachin, Brasília, DF, julgamento em 21, 22, 28 e 29 jun. 2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet7.074QOVotoMCM.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 22 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 ago. 2006.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º dez. 2011.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013b.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 ago. 2013a.

BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jun. 1986.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 dez. 1990.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei; cria o Conselho de Controle de Atividade Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 mar. 1998.

BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jul. 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *Revista Consultor Jurídico*, 16 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. *Revista Consultor Jurídico*, 29 abril 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194937> >. Acesso em: 18 jul. 2017.

MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

SANTIAGO NETO, José de Assis. Características do sistema acusatório. In: SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 2011. 177f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011a. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NetoJAS_1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SANTIAGO NETO, José de Assis. Processo penal democrático e sistema acusatório a persecução penal legitimada pela Constituição. In: SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 2011. 177f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011b. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NetoJAS_1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rb-dpp.v3i1.49>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Novo código de processo penal: o problema dos sincretismos de sistema (inquisitorial e acusatório). *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194936>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. 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. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

Artigo recebido em: 17/12/2017.

Artigo aprovado em: 10/01/2018.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180007