

OS BENEFÍCIOS LEGAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA¹

THE LEGAL BENEFITS OF PLEA BARGAINING

Humberto Dalla

Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, IBMEC e Estácio. Martin-Flynn Global Law Professor na Uconn School of Law. Diretor Acadêmico da Fundação Escola do MPRJ. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. humbertodalla@gmail.com

Paulo Wunder

Doutorando em Direito Processual pela UERJ, Guest Researcher no Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht e Visiting Scholar na Columbia Law School. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: O presente trabalho apresenta a evolução histórica e a natureza jurídica da colaboração premiada, tratando, a partir daí, de cada um dos seus benefícios expressamente previstos na lei das organizações criminosas, inclusive através de uma aferição comparativa entre as suas características e requisitos. O artigo ainda cuida da diferença entre o conteúdo a ser analisado pelo juiz na decisão de homologação do acordo, dependendo do tipo do benefício negociado.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada. Origem. Natureza jurídica. Benefícios legais. Requisitos. Características.

ABSTRACT: The aim of this work is to present the historical evolution and legal nature of plea-bargaining in Brazil, then to analyze each of its benefits expressly provided for in the law of criminal organizations, including benchmarking between their characteristics

¹ Artigo recebido em 28/02/2018 e aprovado em 23/03/2018.

and requirements. The article also takes care of the difference between the content to be analyzed by the judge in the approval decision of the agreement, depending on the type of negotiated benefit.

KEYWORDS: Plea Bargaining. Legal Benefits. Requirements. Differences.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Colaboração premiada: natureza jurídica, validade e eficácia probatória. III. Os benefícios legais da colaboração premiada. III.1. O benefício de deixar de oferecer denúncia e sua natureza jurídica. III.1.1. Os requisitos do benefício de deixar de oferecer denúncia. III.1.1.1. Requisitos relacionados à colaboração. III.1.1.2. Requisitos relacionados ao colaborador. III.1.2. A natureza jurídica da decisão judicial que homologa o acordo com o benefício de deixar de oferecer denúncia. III.2. O benefício do perdão judicial. III.3. Os benefícios de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, redução da pena privativa de liberdade e progressão de regime. IV. Conclusão. Referências bibliográficas.

I. Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro pós-Constituição Federal de 1988², a delação premiada foi introduzida pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei n° 8.072/1990), que, em seu artigo 7º, alterou a redação do artigo 159 do Código Penal para incluir uma nova causa de diminuição de pena³, favorecendo o coautor ou partícipe de um crime de extorsão mediante sequestro, praticado em quadrilha, que fornecesse às autoridades dados que ajudassem de qualquer forma na liberdade das vítimas. Em seu artigo 8º, a Lei dos Crimes Hediondos também estabeleceu a delação como causa de diminuição de pena para o participante ou associado ao crime de quadrilha que denunciasse o bando às autoridades⁴.

Alguns anos depois, a Lei n° 9.269/1990 deu nova redação ao artigo 159, §4º, do

² Na verdade, a primeira fonte da delação premiada foram as Ordenações Filipinas de 1603, que preponderaram no Brasil até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. Embora não fosse usado o termo delação premiada, havia a premiação daquele que desse à prisão os culpados.

³ Art. 7º. Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo: Art. 159. § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

⁴ Art. 8º. Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Código Penal, e permitiu o reconhecimento da delação em face do mero concurso de pessoas no crime de extorsão mediante sequestro, afastando-se a necessidade de caracterização de quadrilha.

Cinco anos após, a delação voltou a aparecer, agora na Lei nº 9.034/1995, que tratou do combate ao crime organizado e criou nova causa de diminuição de pena⁵.

Logo mais tarde, a Lei nº 9.080/1995 alterou as Leis nº 7.492/1986 e 8.137/1990 e estabeleceu a delação premiada como causa de diminuição de pena, respectivamente, nos crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo⁶. A novidade aqui foi que o legislador deixou de prever a delação para crimes específicos e a autorizou abertamente para todos os delitos referidos nessas legislações, independentemente da gravidade ou das penas abstratamente cominadas.

Em seguida, a Lei nº 9.269/1996 alterou novamente o artigo 159, §4º, do Código Penal, ampliando as possibilidades de delação no crime de extorsão mediante sequestro⁷.

Importante previsão da delação ocorreu na Lei nº 9.613/1998 (Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro) que, em seu artigo 1º, §5º, tornou possível ao magistrado não somente a simples redução de um a dois terços da pena aplicada, mas também o cumprimento da pena inicialmente em regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos e até mesmo a isenção total de responsabilidade criminal⁸.

Quase uma década após a introdução da delação premiada no nosso ordenamento jurídico, foi editada a Lei nº 9.807/1999, que tratou da proteção à vítima e testemunha e possibilitou a delação em toda e qualquer modalidade de crime, bem como a sua

⁵ Art. 6º. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

⁶ Art. 1º. Ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo:
Art. 25. § 2º. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delitosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Art. 2º. Ao art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, é acrescentado o seguinte parágrafo único:
Art. 16. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delitosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

⁷ Art. 159. § 4º. Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

⁸ § 5º. A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

configuração como causa extintiva da punibilidade ou de diminuição de pena⁹.

Diferentemente das opções legislativas anteriores, o legislador alterou a Lei n° 8.884/1994 e introduziu, com a Lei n° 10.149/2000, o acordo de leniência, forma de colaboração que criou uma ponte de ligação entre infrações criminais e administrativas contra a ordem econômica¹⁰.

⁹ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

¹⁰ Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal.

§ 1°. No curso de procedimento administrativo destinado a instruir representação a ser encaminhada à SDE, poderá a SEAE exercer, no que couber, as competências previstas no *caput* deste artigo e no art. 35 desta Lei.

§ 2°. O procedimento administrativo de que trata o parágrafo anterior poderá correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério da SEAE." (NR)

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais coautores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1°. O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2°. O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 3°. O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4°. A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

Outrossim, a Lei n° 11.343/2006, que tratou da política nacional antidrogas, ignorando a maior benevolência da Lei n° 9.807/99, voltou a prever a delação premiada apenas como causa de diminuição de pena¹¹.

A Lei n° 12.683/2012 ainda deu nova redação ao § 5°, do artigo 1°, da Lei n° 9.613/1998, estabelecendo maior amplitude à delação premiada em caso de lavagem de dinheiro¹².

Por fim, baseada nas Convenções Internacionais de Mérida (Decreto n° 5.687/2006) e Palermo (Decreto n° 5.015/2004), foi promulgada a Lei n° 12.850/2013, que cuida das organizações criminosas, onde foi previsto, no Capítulo II, Seção I, a colaboração premiada.

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na graduação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5°. Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei.

§ 6°. Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do §2° deste artigo.

§ 7°. A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria.

§ 8°. Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do §4° deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9°. Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n° 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

¹¹ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

¹² Art. 1°. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

§ 5°. A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

II. Colaboração premiada: natureza jurídica, validade e eficácia probatória

A lei das organizações criminosas, justamente para influenciar na forma de interpretação do valor e da eficácia da colaboração premiada, resolveu tratar diretamente da sua natureza jurídica, chamando-a de meio de obtenção de prova¹³ (art. 3º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013¹⁴). Ocorre que esse meio, ou melhor, o instrumento utilizado para se chegar até a prova, não é uma medida judicial (como na busca e apreensão ou quebra de sigilos etc), mas sim um ato processual negocial¹⁵, embora sem a natureza jurídica¹⁶ de um contrato privado¹⁷.

¹³ Vale citar a doutrina de Gustavo Badaró para a exata compreensão da diferença conceitual: "(...) enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex., uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex., um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei no 12.850/13. *Revista Jurídica Consulex*, v. 443, 2015, p. 270).

¹⁴ Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada.

¹⁵ De acordo com Didier Jr. e Bomfim: "A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição de interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado. De um lado, o Ministério Público (ou o delegado, com a participação do Ministério Público) espera (e tem direito em razão do negócio) colaboração do investigado ou acusado com o fim de colher informações e elementos de prova. Este interesse não é comum; cuida-se de vantagem buscada pelo órgão de investigação ou acusação. Tanto não é interesse comum que a colaboração costuma significar ao colaborador assumir a participação no delito. Tanto não é interesse comum que, para tanto, o colaborador abre mão do direito ao silêncio. Do outro lado, o colaborador terá, como vantagem contraposta à obrigação assumida, uma decisão judicial penal que signifique o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar. Em se tratando de negócio jurídico bilateral caracterizado por interesses contrapostos das partes, configurada resta a sua natureza contratual. Cuida-se, ainda, de contrato bilateral (ou sinalagmático) e oneroso". (BOMFIM, Daniela; DIDIER JR, Fredie. Colaboração Premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o Direito Processual Civil. *In: Repercussões do Novo CPV - Processo Penal*. v. 13. Editora JusPodium, 2016, p. 192).

¹⁶ Nessa linha, é a jurisprudência do STF: "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 penal criminal, atividade de natureza processual, ainda que agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração" (HC-STF 127.483/2015 - Rel. Min. Dias Toffoli). Vale citar, também, trabalho de Humberto Dalla e José Roberto Mello Porto, ao considerarem a colaboração premiada espécie *sui generis* de negócio jurídico. Para os autores, "não seria de se falar em negócio jurídico propriamente dito, porque os celebrantes não podem predeterminar algo que não é de sua alçada" (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração Premiada: um negócio jurídico processual? *In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. nº 73, 2016, p.10), já que a eficácia do acordo se encontra vinculada à análise do juiz, a ser aferida na sentença (artigo 4º, §11, da

Com efeito, a colaboração premiada é um acordo¹⁸ em que o investigado negocia com a autoridade policial e o Ministério Público o recebimento de benefícios na sua responsabilidade criminal e se compromete a, em contrapartida, delatar a dinâmica de operacionalização da organização criminosa a que pertencia, o que, enfim, irá permitir que os respectivos órgãos com a incumbência da persecução criminal alcancem a(s) prova(s) propriamente dita.

Assim, a finalidade da colaboração premiada é superar as dificuldades da Polícia e do Ministério Público na coleta de provas e aprimorar a eficiência no combate ao crime organizado. Como esses grupos se utilizam de sofisticados artifícios e estruturas para a ocultação de suas atividades e de seus recursos, acreditou-se que seria necessário dotar o Estado de novas ferramentas para reprimir as suas condutas, a fim de se diminuir a impunidade e se alcançar patamares mais exitosos na conclusão das investigações penais e na elucidação de delitos.

Nota-se, portanto, que a colaboração premiada, por si só, não é a prova que se visa a obter no processo penal, mas apenas o canal pelo qual essa prova pode ser atingida, já que, sem essa contribuição de um ex-integrante do grupo criminoso seria impossível desvendar situações ocultas e alcançar a justa causa para a imputação.

Inclusive, a referida regra disposta no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013, se encontra em harmonia com outras fixadas no mesmo diploma legal, especialmente nos

Lei nº 12.850/2013), sendo que o magistrado não faz parte das negociações, restritas às partes (artigo 4º, §6º, da Lei nº 12.850/2013).

¹⁷ É muito comum a doutrina associar os novos institutos de direito público aos modelos do direito privado. No caso da colaboração premiada, essa tentativa esbarra na constatação de que, enquanto no contrato privado as partes estabelecem perfeitamente o conteúdo de seus direitos e obrigações, na colaboração premiada as partes apenas enunciam suas expectativas a serem submetidas ao Poder Judiciário, que terá a última palavra na homologação ou na rejeição daquilo que foi pactuado (artigo 4º, § 8º, da Lei nº 12.850/2013). Portanto, para ser aceita como um negócio jurídico, a colaboração premiada deve possuir um caráter *sui generis*, justamente pelo objeto da negociação não apresentar uma absoluta autonomia das vontades das partes e, assim, sua bilateralidade: a parte Ministério Público não cede nenhum direito ou bem seu, como num contrato privado, mas apenas deixa de promover a ação penal condenatória ou, em o fazendo, apenas postula redução de pena ou a sua substituição, de acordo com um dever jurídico.

¹⁸ A doutrina processual penal sempre discutiu a possibilidade de atos processuais penais negociais sobre um pano de fundo mais amplo. Há, basicamente, duas correntes opostas: de um lado, a visão da instrumentalidade do processo, daí decorrendo sua subserviência ao direito substancial, sem possibilidade de nele influir; de outro, o panprocessualismo processual, que, inicialmente, teve a finalidade de alavancar a autonomia do direito processual e acabou por admitir a possibilidade concreta de atos negociais processuais. Mormente no âmbito do direito processual penal, em que se reconhece a indefectibilidade do processo para a imposição de pena, a norma penal é que passa a ser considerada instrumental do processo, o que dá a este uma posição de supremacia na realização daquele.

artigos 4º, §§ 6º e 12, c/c 7º, *caput* e §3º¹⁹. Isso porque, nesses enunciados está previsto "que o juiz não participará das negociações entre as partes para a homologação do acordo", bem como que o acordo é sigiloso, tem o seu conhecimento restrito às partes que o celebraram e ao juiz que o homologa e se tornará público só com o recebimento da denúncia, sendo que as defesas dos corréus delatados terão acesso ao seu conteúdo apenas após a sua realização e poderão confrontá-lo somente em juízo.

Não há, então, nenhum contraditório na produção do acordo de colaboração premiada, sendo que o conteúdo das declarações do colaborador somente será conhecido e poderá ser confrontado de forma diferida, ou seja, por ocasião da instrução criminal processual. Ocorre que, de acordo com Barbosa Moreira, há três exigências fundamentais do direito à prova, sendo que todas elas se relacionam justamente à presença do contraditório: a) necessidade de "conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas"; b) inexistência de "disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento" das "provas pelo órgão judicial"; c) igualdade, para as partes, de "possibilidade de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados"²⁰.

Ademais, sem o contraditório também fica prejudicada a ampla defesa, uma vez que, segundo Grandinetti, ambos "(...) perfazem uma mesma garantia processual, pois não pode existir ampla defesa sem contraditório e vice-versa". Ainda de acordo com Grandinetti, "(...) contraditório e ampla defesa incluem a possibilidade de contraditar as provas produzidas, contraprovar, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar, e, finalmente, tomar ciência dos atos e decisões judiciais para poder impugná-los"²¹, ou seja, tudo aquilo que não acontece no procedimento sigiloso e

¹⁹ Art. 4º. §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.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a prova*. Revista de Processo n. 35, abril-junho de 1984, p. 67.

²¹ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti e PEDROSA, Ronaldo Leite. *Justa Causa Penal-Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 141/142.

unilateral da colaboração premiada²².

Porém, mesmo após a realização da ampla defesa e do contraditório, isto é, inclusive depois do acordo de colaboração premiada se tornar público e das defesas dos corréus delatados se manifestarem sobre o seu conteúdo e terem a oportunidade de contraditarem a versão do agente colaborador, ainda há outra regra disposta no artigo 4º, §16, da Lei nº 12.850/2013, que prevê que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".

Em outras palavras, se num primeiro momento se deixou clara a natureza do acordo de colaboração premiada como mero meio de obtenção de prova, submetido a contraditório e ampla defesa diferidos, agora se estabelece que, mesmo após o efetivo cumprimento desses requisitos para que um elemento de convicção se torne prova, as palavras do colaborador terão eficácia probatória relativa. Destarte, enquanto no início tratava-se do acordo de colaboração premiada, agora a lei dispôs sobre a eficácia da palavra em si do colaborador.

A questão, então, deixa de ser de validade do ato jurídico para se relacionar com a sua eficácia²³, ou seja, à sua aptidão para gerar os efeitos pretendidos. Nesse sentido, tal dispositivo representa uma exceção à regra do artigo 155 do CPP²⁴, pela qual todas as provas teriam o mesmo peso abstrato, cabendo ao magistrado, por ocasião da sentença, valorá-las conforme a sua convicção. Há um resgate ao sistema da prova tarifada, na medida em que o valor da colaboração premiada possui peso menor, relativizado e condicionado às demais²⁵.

²² J.J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão também sustentam a mesma posição: "A ampla defesa que a este deve ser garantida só é exercitável num quadro processual estável e com regras bem definidas, que permitam ao arguido saber, em cada momento, aquilo com que pode contar". CANOTILHO, J.J.; BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 400, 2016, p. 24.

²³ Conforme Marcos Bernardes de Mello: "O plano de eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo". MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência*. 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 163.

²⁴ Art. 155 do CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

²⁵ Segundo Vinicius Vasconcellos: "(...) configura-se um limite negativo à persuasão racional, ou uma regra de prova legal negativa, visto que se limita o livre convencimento judicial, determinando que tal elemento de prova não é suficiente para embasar uma condenação. Certamente, essa vedação impõe-se em relação aos corréus incriminados, mas também ao próprio colaborador" VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de.

Aliás, essa condição de credibilidade da palavra do colaborador é dupla, uma vez que se relaciona tanto com a necessidade da existência de outra prova corroborativa para que a palavra do colaborador seja valorada, bem como com a produção dos próprios resultados advindos da colaboração²⁶ (art. 4º, *caput*, *in fine*, c/c art. 6º, inciso I²⁷), sem o que a principal situação jurídica prevista ao colaborador no negócio jurídico, isto é, o gozo dos benefícios, não poderia ter seus efeitos realizados²⁸.

De fato, a colaboração premiada, após a instrução criminal que permitiu a realização do contraditório e da ampla defesa, bem como depois de verificados os efetivos resultados decorrentes da sua contribuição, poderia, tecnicamente, ser considerada como prova. Entretanto, por expressa determinação do nosso legislador, isso somente será possível caso haja outra prova que a corrobore, uma vez que, isoladamente, a palavra do colaborador não possui eficácia probatória.

Se o obstáculo não é técnico, conclui-se que essa ineficácia relativa da palavra do colaborador como prova decorre da própria falta de credibilidade da sua palavra, como lembrou Mittermaier: "Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem"²⁹. Assim, é natural que essa credibilidade parcial, relativa ou desconfiada da

Barganha e Justiça Criminal Negocial - Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n.º 68. 2015, p. 221.

²⁶ Além da chamada credibilidade externa, aferida através da prova corroborativa, há a necessidade de demonstração da credibilidade interna e pessoal do próprio colaborador, o que se percebe pelas suas características e condições subjetivas e especialmente pela coerência das suas palavras com o resultado da sua cooperação e o confronto de todo o acervo probatório.

²⁷ 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

Art. 6º. O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados.

²⁸ Discorrendo sobre a eficácia objetiva da colaboração premiada, Renato Brasileiro de Lima explica que este requisito significa: "Por força da colaboração, deve ter sido possível a obtenção de algum resultado prático positivo, resultado este que não teria sido alcançado sem as declarações do colaborador. Aferível em momento posterior ao da colaboração em si, esta consequência concreta oriunda diretamente das informações prestadas pelo colaborador depende do preceito legal em que o instituto estiver inserido, podendo variar desde a identificação dos demais coautores e partícipes do fato delituoso e das infrações por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades de organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa, até a localização de eventual vítima com integridade física preservada" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Volume Único. Salvador: Editora JusPodium. 5a edição. 2017, p. 714).

²⁹ Mittermayer ainda acrescentou que: "(...) outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais

contribuição do colaborador derive da sua participação interessada na instrução criminal, isto é, como uma contraprestação ao recebimento de um benefício na sua pena e não um ônus cívico de prestação de serviço à administração da Justiça³⁰.

Outrossim, é importante destacar que a necessidade da palavra do colaborador ser corroborada por outra prova também impede a chamada colaboração cruzada, conforme já decidiu o STF: (...) "para fins de corroboração das declarações heteroinculpatórias do agente colaborador, não são suficientes, por si só, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador"³¹. Ora, se a palavra do colaborador não possui eficácia isolada de prova, a palavra de vários colaboradores, ainda que no mesmo sentido, também não são suficientes para enfrentar a essência dessa ineficácia relativa, uma vez que não restará superada a falta de credibilidade dessa prova, pois todas advém de delatores.

Portanto, a palavra de colaborador ou de vários colaboradores não constituem provas eficazes caso estiverem isoladas no contexto probatório e por isso não desoneram a responsabilidade do Ministério Público na produção de outra efetiva e independente prova acusatória³², inclusive contra o próprio colaborador.

Ademais, ainda no que se refere à distinção entre o acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova e a palavra do colaborador como prova de eficácia

difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições" (MITTERMAIER, C.J.A.. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Madri: Editorial REUS, 1929, p. 295).

³⁰ Se a confissão do réu comum possui eficácia relativa e deve ser ponderada com outras provas, com muito mais razão a colaboração, onde os benefícios legais são muito mais vantajosos.

Art. 197 do CPP. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

³¹ STF. Habeas Corpus nº 127483/2015.

³² Nas palavras de Mercedes Rosemarie Herrera Guerrero: (...) "a vigência do consenso no processo penal afeta o direito fundamental à presunção da inocência; por essa razão, embora a renúncia para exercer o direito da defesa seja legítima (e conseqüentemente, é legítimo que a lei lhe conceda determinadas conseqüências legais), em um outro nível diferente e preeminente se situa a presunção de inocência, por meio da qual a carga da prova corresponde ao Estado, de tal maneira que a única declaração do criminoso não pode ser considerada suficiente para desvirtuar aquela. Em outras palavras, a conformidade do processado com as posições formuladas não deve gerar da maneira automática a determinação de sua culpabilidade, já que ao Estado corresponde a prova". (...) "*la vigencia del consenso en ele proceso penal afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia; por ello, si bien la renuncia a ejercer el derecho de defensa es legítima (y por ende, es legítimo que la Ley le conceda determinadas consecuencias jurídicas), en otro nivel distinto y preeminente se sitúa la presunción de inocencia, por la cual, la carga de la prueba le corresponde al Estado, de tal modo que la sola declaración del reo no puede considerarse suficiente para desvirtuar aquélla. En otras palabras, la conformidad del procesado con los cargos formulados no debe generar de modo automático la determinación de su culpabilidad, ya que es al Estado al que corresponde probarla*". (tradução livre) GUERRERO, Mercedes Rosemarie Herrera. *La Justicia Penal Negociada. Un análisis comparativa entre los procesos penales español y peruano*. Munique: Grin Verlag, 2010, p. 13/14).

relativa, é importante destacar que ambas não se confundem com os indícios³³, isto é, não são provas indiretas.

De fato, Maria Thereza de Assis Moura ensina que: "Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em regra, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo". Em seguida, a Ministra do STJ concluiu que: "É imperativo que o *factum probans* esteja completamente provado, conhecido, indubitado, para poder revelar o *factum probandum*. Caso contrário, a inferência não poderá ser estabelecida"³⁴.

Mittermaier³⁵ alude à prova por concurso de circunstâncias, a que chama de prova artificial, em contraposição à prova direta. Para bem aferi-la, propõe "*examinar sus mutuas relaciones con las circunstancias accesorias, y hacer nacer de ellas las inducciones que encierran*"³⁶. Em relação à prova artificial, concorrem os indícios e as circunstâncias acessórias que tenham relação com eles, mas que têm natureza diferente³⁷. Com o intuito de valorar a força probatória dos indícios, propõe examinar as suas relações com o que denomina de circunstâncias acessórias ou presunções informativas³⁸, que podem ser extraídas, também, mas não só, das justificativas do acusado. Convém não confundir essas circunstâncias acessórias ou presunções informativas. Se os indícios são fatos autônomos, acidentais, conhecidos e provados, dos quais se extrai a relação com o fato a provar³⁹, as circunstâncias acessórias e as presunções afirmativas são como que anéis de uma cadeia lógica, com graus de inafastabilidade diferentes, e que permitem construir o silogismo indiciário, cuja força probante residirá, justamente, na lógica do raciocínio⁴⁰. Integram, portanto, o silogismo indiciário. Agregam-se a ele, mas sozinhos, não provam contra o réu.

Diante disso, pode-se concluir que os indícios partem de fatos provados que se ligam inexoravelmente ao fato a provar. Não se trata de presumir contra a inocência do réu,

³³ Art. 239 do CPP: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

³⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A Prova por Indícios no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 41.

³⁵ MITTERMAIER, C.J.A.. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Madri: Editorial REUS, 1929, pp. 293/314.

³⁶ *Ibidem*, p. 294.

³⁷ Explica o autor: *Un indicio es un hecho que esta en relación intima con otro hecho, que un Juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural (...). Aplicado al proceso criminal, es el hecho o circunstancia accesoria que se refiere al crimen principal. Ibidem*, p. 295 e 301, respectivamente.

³⁸ *Ibidem*, p. 314.

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1982, p. 191.

⁴⁰ NORES, Cafferata. *La Prueba en Proceso Penal*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, p. 203.

mas de analisar o quadro fático que se mostra ao juiz por meio de fatos devidamente provados que se ligam ao fato a provar. Estes fatos provados, porém, para formarem a convicção judicial carecem de uma univocidade incontestada, reclamada por Cafferata Neres⁴¹.

Assim sendo, para se demonstrar a responsabilidade sobre determinada conduta através da prova indiciária, deve haver uma prova propriamente dita que, ainda que se refira a outro fato diferente do *factum probandum*, permite a sua conclusão por meio do recurso a outras circunstâncias, que serão unidos através de um raciocínio indutivo que representa o nexo de causalidade entre esses fatos.

Ocorre que as declarações do agente colaborador, por expressa previsão legal (art. 4º, §16, da Lei nº 12.850/2013), não podem configurar o *factum probans*, pois, como vimos, não devem ser reconhecidas, isoladamente, como prova, ou seja, não são inquestionáveis e indúvidas. Nesse sentido, a palavra do colaborador pode caracterizar apenas uma daquelas chamadas circunstâncias que, agregadas ao *factum probans*, permitem a conclusão acerca do *factum probandum*.

Isoladamente falando, portanto, a palavra do colaborador não configura uma prova eficaz, seja direta ou indireta, podendo, no máximo, se caracterizar como um dos elementos que, agregado a uma prova propriamente dita, ainda que de fato diferente, pode formar a conclusão para se atingir o indício⁴². Assim, a palavra do colaborador poderia, no máximo, constituir aquelas outras circunstâncias que contribuem à realização do raciocínio indutivo que revela a responsabilidade criminal de um integrante de organização criminosa, mas desde que suficientemente embasados em uma prova (o *factum probans* da prova indiciária).

Por essa razão, a palavra do colaborador, por si só, sequer pode ser equiparada a um indício⁴³, embora possa constituir parte da sua formação. Inclusive, tal conclusão se

⁴¹ *Ibidem*, p. 203.

⁴² Inclusive, Malatesta ensina que "indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade", o que nos possibilita compreender que a contribuição do colaborador não é esse "argumento probatório indireto", mas sim um elemento que irá contribuir para a formação dessa "relação de causalidade". MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2ª ed. Campinas: Editora Bookseller, 2001, p. 202.

⁴³ Ao contrário do que defende Cezar Roberto Bitencourt, ao declarar que a colaboração premiada "deve situar-se, isso sim, em um patamar de mero indício probatório, o qual não sendo reforçado por outros elementos de convicção, não pode gerar, ele somente, qualquer classe de sustentáculo para a condenação". BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.137.

encontra em perfeita sintonia com o artigo 4º, §16, da Lei nº 12.850/2013, que exige outra prova (sem restrição de ser direta ou indireta, ou seja, pode ser o *factum probans* do indício) para se agregar à palavra do colaborador e, assim, permitir a formação de um conjunto probatório apto a um juízo condenatório.

Em suma, pode-se concluir que, enquanto o acordo de colaboração premiada é mero meio de obtenção de prova, a palavra do colaborador (ou de vários colaboradores), após o transcurso da instrução criminal e a realização do contraditório e da ampla defesa, se torna uma prova, embora de eficácia relativa uma vez que, isoladamente, não pode embasar uma sentença condenatória.

III. Os benefícios legais da colaboração premiada

A partir de uma análise conjunta do artigo 4º, *caput* e §§ 2º, 4º e 5º, da Lei nº 12.850, nota-se que a colaboração pode ensejar os seguintes benefícios: deixar de oferecer denúncia, perdão judicial, substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, redução da pena privativa de liberdade e progressão de regime, o que passaremos a analisar individualmente a seguir.

III.1. O benefício deixar de oferecer denúncia e sua natureza jurídica

Há grande número de doutrinadores que equiparam o não oferecimento de denúncia ao arquivamento⁴⁴. Entretanto, o arquivamento é a antítese da promoção da ação penal,

⁴⁴ Vicente Greco Filho: "Além dos benefícios quanto à pena (perdão judicial, redução ou substituição), poderá o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia contra o colaborador, de modo que deve tal circunstância constar da proposta e deve ser homologada pelo juiz. Trata-se de uma hipótese especial de pedido de arquivamento de inquérito e, aí sim, aplica-se o art. 28 do Código de Processo Penal se o juiz não concordar com o não oferecimento da denúncia. O não oferecimento da denúncia equivale ao arquivamento do inquérito, de modo que não se trata de causa extintiva da punibilidade, podendo haver outro processo se houver novas provas". GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Editora Saraiva. 2014, p. 42); Eduardo Araújo da Silva: "Na primeira hipótese tem-se a adoção do princípio da oportunidade da ação penal pública na sua forma regrada ou regulada. (...) Na prática, pois, quando do oferecimento da denúncia, o Ministério Público deverá requerer o arquivamento dos autos em relação ao investigado colaborador e, se dele discordar o juiz, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal" (SILVA, 2014, p. 62); Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola: "Impende, ainda, considerar a natureza eminentemente processual do efeito da colaboração nos termos do §4º, do art. 4º, porquanto significará o arquivamento dos autos de inquérito policial ou procedimento de investigação criminal. Vale afirmar que a colaboração se coloca como causa de não ajuizamento da ação penal". FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade Organizada*. Porto Alegre: Editora Juruá, 2014, p. 131; Marcos Paulo Dutra Santos: "O não oferecimento da denúncia" preconizado no §4º nada mais é do que promoção de arquivamento, por falta de interesse de agir, ante os resultados oriundos da cooperação (...). Confirmado o arquivamento (ou não oferecimento da denúncia), restará ao juiz

pois é a própria inação penal, isto é, a ausência de movimento apto a deflagrar o *jus puniendi*. Ademais, como o arquivamento não gera o início de uma ação penal, a formação de um processo penal e o exercício de uma atividade jurisdicional, elementos imprescindíveis à imposição de sanções penais, não existe, no nosso ordenamento jurídico, o arquivamento qualificado, isto é, sujeito ao cumprimento de determinadas condições restritivas.

Na verdade, nota-se que a doutrina equipara o benefício deixar de oferecer denúncia ao arquivamento apenas pelo fato de que em ambos não há denúncia e a relação se extingue, ou seja, a analogia deriva de uma semelhança entre os efeitos, mas não entre a natureza das medidas. Mais adequado seria a comparação com a remissão pré-processual (cumulada com medidas socioeducativas⁴⁵) e a transação penal⁴⁶, pois também constituem

homologá-lo, o que se convencionou apelar de perdão ministerial, expressão que não nos agrada tecnicamente, pois o perdão é ato privativo do juiz e causa extintiva da punibilidade, nos termos do art. 107, inciso IX, do Código Penal. O que se tem é mero arquivamento da investigação em relação ao delator, de caráter, inclusive, *rebus sic stantibus*, considerada a falta de interesse de agir, lembrando que, se as informações disponibilizadas pelo delator desafiarem ratificação em juízo, a inocorrência desta ou a retratação traduzem provas (fatos) materialmente novas, a viabilizar o oferecimento da denúncia em face do colaborador, se ausente a prescrição. Inexistiria, pois, a impunidade" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (Delação) Premiada. Editora JusPodium, 2016, p. 152/153); Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto: "Sendo assim, o pedido formulado pelo Ministério Público será de arquivamento do inquérito policial (ou de peças de informação que lhe faça as vezes), a ser submetido ao juiz a quem cumprirá, de sua parte, deferi-lo ou, discordando, invocar o art. 28 do CPP" (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado – Comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei n° 12.850/2013*. 2a ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014, p. 66).

⁴⁵ Trata-se de instituto previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.062/1990), especialmente no processo penal relacionado aos adolescentes infratores:

Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

Art. 188. A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença.

⁴⁶ Trata-se de instituto previsto na Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995), especialmente nos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, com pena máxima de até 02 anos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

formas de promoção da ação penal através de acordos substitutivos (negócios jurídicos⁴⁷), assim como o benefício deixar de oferecer denúncia.

Ora, o benefício deixar de oferecer denúncia é a forma de promoção da ação penal em face deste colaborador⁴⁸ (art. 129, inciso I, da CF/88 c/c art. 4º, §4º, da Lei nº 12850/2013), sendo que através dele são negociadas, como requisitos à homologação do acordo, as condições da proposta, que, inclusive, podem ter a natureza de pena. Nesse sentido, se o acordo é a própria forma de exercício da ação penal, ocorre um processo célere em que o Ministério Público, junto com o colaborador, negociam uma medida restritiva, extinguindo-se essa relação jurídica através da homologação judicial.

Aliás, vale lembrar que, tanto na remissão pré-processual como na transação penal, após a celebração do acordo do MP com o adolescente infrator ou o autor do fato, onde foram negociadas medidas socioeducativas ou restritivas de direitos e multa, coube ao juiz a homologação desses acordos, mas não o arquivamento.

Enfim, o legislador poderia ter sido mais claro ao definir o procedimento deste benefício, bem como deveria ter utilizado outro nome ao invés de simplesmente chamá-lo por uma de suas características, isto é, deixar de oferecer denúncia. De qualquer forma, a doutrina acabou nomeando-o como acordo de imunidade, o que pelo menos reforça a idéia de que os benefícios são decorrentes do negócio jurídico celebrado entre as partes⁴⁹.

⁴⁷ "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 penal criminal, atividade de natureza processual, ainda que agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração" (HC-STF 127.483/2015 - Rel. Min. Dias Toffoli).

⁴⁸ Naquilo que se refere ao próprio colaborador, cujo benefício homologado foi o deixar de oferecer denúncia, a promoção da ação penal pública foi realizada exclusivamente através do acordo de colaboração premiada, já que ele não constará da denúncia como acusado.

⁴⁹ Segundo Andrey Borges de Mendonça: "Trata-se de mitigação ao princípio da obrigatoriedade, estabelecendo-se outra hipótese de discricionariedade regrada. Isso nada tem de novo no ordenamento jurídico, pois além da transação penal, já prevista na Lei 9099/95, há, por exemplo, o acordo de leniência realizado pelo CADE e previsto na Lei 12.529/2011, no qual sequer há previsão expressa de participação do MP ou do Judiciário. Assim, não nos parece haver qualquer inconstitucionalidade nesse acordo, por ser o MP titular exclusivo da ação penal pública, nos termos do art. 129, inc. I, da Constituição Federal. Como corolário, é impossível se impor ao MP, como instituição, que ofereça a ação penal, pois nem mesmo o STF pode impor ao PGR que oferte denúncia. Se assim é, caso exista decisão institucional de não oferecimento da denúncia, com fulcro no acordo de imunidade, não haverá qualquer afronta ao ordenamento jurídico, desde que assegurado os devidos controles institucionais" (MENDONÇA, 2013, p.20). Marcelo Batlouni Mendroni também parece seguir a mesma orientação: "É a aplicação, no sistema processual penal brasileiro, do Princípio da Oportunidade. O Promotor de Justiça, nesse caso, pode conceder "imunidade" ao colaborador, não o processando criminalmente em relação aos fatos específicos que ele relatar em contribuição ao contexto probatório, e seguindo-se os parâmetros estabelecidos no caput deste artigo. Nada impede, entretanto, eventual propositura de ação penal contra fatos diversos daqueles por ele relatados"

III.1.1. Os requisitos do benefício deixar de oferecer a denúncia

Conforme a parte inicial do artigo 4º, §4º, da Lei nº 12.850, o benefício referente à não oferta da denúncia será cabível "nas mesmas hipóteses do *caput*". Portanto, apesar do artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850, não fazer referência direta ao benefício deixar de oferecer denúncia, os requisitos ali descritos são também necessários à sua concessão.

Assim, é imprescindível que o agente "tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação" e que "dessa colaboração advenha um ou mais dos (...) resultados" estabelecidos nos incisos I a V, do artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850. Destarte, a produção dos resultados previstos nos incisos I a V, do artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850, configura requisito essencial do benefício deixar de oferecer denúncia.

Vale frisar que, como no artigo 4º, §4º, consta a expressão "nas mesmas hipóteses do *caput*", enquanto no artigo 4º, §1º, ambos da Lei nº 12.850, se encontra a locução "em qualquer caso", a concessão do benefício deixar de oferecer denúncia também "levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração" (art. 4º, §1º, da Lei nº 12.850). Em outras palavras, pode-se dizer que o artigo 4º, *caput* e §1º, da Lei nº 12.850, enuncia os requisitos gerais da concessão dos benefícios na colaboração premiada, isto é, devem estar presentes não importa qual privilégio tenha sido negociado.

Ocorre que, além desses anteriormente referidos, os incisos I e II do artigo 4º, §4º, da Lei nº 12.850, trazem os requisitos especiais apenas ao benefício deixar de oferecer denúncia, a saber: a) o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa; b) deve ter sido o primeiro a prestar a efetiva colaboração.

Desse modo, conjugando os gerais com os especiais, podemos organizar os requisitos do benefício deixar de oferecer denúncia conforme se referam à colaboração ou ao colaborador. São requisitos da colaboração: a) voluntariedade; b) ineditismo; c) realizada na fase investigatória; d) efetividade; e) aptidão para produzir pelo menos um dos resultados dos incisos I a V, do artigo 4º, *caput*. Já os requisitos do colaborador são: a) não ser o líder da organização criminosa; b) as circunstâncias do fato e condições pessoais devem ser favoráveis.

(MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado - Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Editora Atlas. 2014, p. 41).

III.1.1.1. Requisitos relacionados à colaboração

De plano, cabe destacar que a colaboração deve ser voluntária⁵⁰, isto é, livre de quaisquer pressões, constrangimentos ou ameaças que maculem a vontade do agente. Apesar de ser vedada a prisão cautelar com o propósito de provocar a colaboração, nada obsta que, aquele que estiver preso, colabore, seja por iniciativa própria ou após entrevista com a autoridade policial ou o Ministério Público, o que não afasta a voluntariedade do acordo. O que interessa é que o ato tenha sido voluntário, ainda que não tenha partido do agente a iniciativa. Para que o colaborador receba o benefício, "nada impede que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação"⁵¹.

A lei nem precisava ser tão enfática ao falar da voluntariedade, tendo em vista que, como a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, ainda que sujeito a requisitos específicos e com capacidade para provocar consequências atípicas, a capacidade do agente é um dos seus elementos legais essenciais⁵².

No âmbito do processo penal, cabe ao juiz avaliar não apenas a capacidade civil propriamente dita (art. 104, I, do CC), mas também o exercício pleno da defesa pessoal e técnica, podendo o magistrado, inclusive, ouvir o colaborador para verificar a voluntariedade da sua cooperação (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850), bem como para checar se a defesa técnica está exercendo o seu papel de aconselhamento jurídico e se estão ausentes as causas de invalidade do negócio jurídico, como a fraude, a simulação, a coação e o dolo (arts. 166, 167 e 171 do Código Civil).

Ademais, pelo menos em relação ao próprio colaborador, já que o benefício é justamente deixar de oferecer denúncia, é intuitivo que ainda não tenha sido proposta ação penal, razão pela qual esse prêmio somente é possível na fase das investigações da responsabilidade do colaborador (art. 4º, §§6º, 7º e 8º, da Lei nº 12.850). Caso o colaborador já fosse réu, o Ministério Público não poderia oferecer o benefício deixar de oferecer denúncia, uma vez que isso seria o equivalente a desistir da ação penal em curso, o que é vedado (art. 42 do CPP).

⁵⁰ Para Guilherme de Souza Nucci, voluntariedade "significa agir livre de qualquer coação física ou moral, embora não se demande espontaneidade (sinceridade ou arrependimento)" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2a ed. Editora Forense, 2015, p. 55).

⁵¹ (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Volume Único. 5ª edição. Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 713).

⁵² Nesse sentido, veja-se o artigo 104, inciso I, do Código Civil.

No que se refere ao ineditismo, não basta ao colaborador ter sido o primeiro a procurar a autoridade policial ou o Ministério Público, nem o primeiro a prestar declarações reconhecendo a sua responsabilidade e apontado outros personagens da organização criminosa como corresponsáveis. A primazia na prestação da colaboração não pode ser um critério ingênuo e traiçoeiro, premiando o mais rápido, bem informado e oportunista, mas não necessariamente o mais merecedor. Justamente por isso que a lei previu duas condições especiais ao ineditismo: a eficácia e a efetividade desta colaboração.

Com efeito, segundo o artigo 4º, §1º, da Lei nº 12.850, a concessão deste benefício levará em conta "a eficácia da colaboração". Eficaz é aquilo que está apto a produzir os efeitos para os quais foi destinado, ou seja, é o momento em que se consolidam as situações jurídicas que foram concebidas, no caso, pelo negócio jurídico (acordo de colaboração premiada) celebrado entre as partes⁵³.

Mais precisamente, a eficácia do acordo seria não apenas o relato da colaboração, mas sim a produção dos "seus possíveis resultados" (art. 4º, *caput*, *in fine*, c/c art. 6º, inciso I), sem o que a principal situação jurídica prevista ao colaborador no negócio jurídico, isto é, o gozo do benefício deixar de oferecer denúncia, não poderia ter seus efeitos realizados⁵⁴.

Ao mesmo tempo, pelo artigo 4º, §4º, inciso II, o colaborador deve ter sido "o primeiro a prestar efetiva colaboração", ou seja, mais do que eficaz, esta colaboração precisa ser, desde logo, efetiva, pois "a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida,

⁵³ Segundo Marcos Bernardes de Mello: "O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo" (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência. 21ª ed. Editora Saraiva, 2017, p. 163).

⁵⁴ Discorrendo sobre a eficácia objetiva da colaboração premiada, Renato Brasileiro de Lima explica que este requisito significa: "Por força da colaboração, deve ter sido possível a obtenção de algum resultado prático positivo, resultado este que não teria sido alcançado sem as declarações do colaborador. Aferível em momento posterior ao da colaboração em si, esta consequência concreta oriunda diretamente das informações prestadas pelo colaborador depende do preceito legal em que o instituto estiver inserido, podendo variar desde a identificação dos demais coautores e partícipes do fato delituoso e das infrações por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades de organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa, até a localização de eventual vítima com integridade física preservada" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Volume Único. 5ª edição Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 714).

operando os efeitos que lhe são próprios"⁵⁵. É imprescindível, então, que aquela circunstância da conduta humana, ou seja, o fato relevante delatado pelo colaborador e relacionado à atividade da organização criminosa, tenha se verificado na ordem dos fatos, se realizado perante o magistrado avaliador, isto é, se materializado completa e efetivamente.

Ocorre que, diferentemente dos demais benefícios na colaboração premiada, em que a eficácia e a efetividade do acordo devem ser aferidas somente por ocasião da sentença (art. 4º, §7º c/c §11), em relação ao prêmio deixar de oferecer denúncia as declarações do colaborador precisam ser valoradas desde logo, isto é, na homologação do acordo. Isso porque, ao contrário dos demais benefícios, o colaborador que recebe o prêmio deixar de oferecer denúncia não será denunciado e não fará parte da relação processual.

Assim, negociado o benefício deixar de oferecer denúncia, caso a contribuição do colaborador à investigação ainda não seja eficaz e efetiva, o MP deve solicitar a suspensão do prazo para oferecimento de denúncia, relativo ao colaborador, "até que sejam cumpridas as medidas de colaboração" (art. 4º, §3º, da Lei nº 12.850). Se essas medidas não forem cumpridas dentro desse prazo de suspensão, decretado justamente para a aferição do seu resultado, o Ministério Público pode reavaliar a investigação, desistir da colaboração ou oferecer denúncia, inclusive em face deste colaborador, cuja promessa de benefício seria justamente a de deixar de oferecer denúncia⁵⁶.

O que não pode acontecer é a concessão deste benefício (deixar de oferecer denúncia) com eficácia e efetividade da colaboração pendentes, ou seja, ainda não plenamente demonstradas e sujeitas a condições futuras, tendo em vista que avaliar, apenas na sentença, a eficácia e a efetividade deste acordo, seria permitir que o colaborador pudesse mentir, enganar a Justiça e ganhar muito tempo até que eventualmente fosse descoberta a inutilidade do seu relato, sendo que a sua punição seria, no máximo, ser denunciado tempos depois⁵⁷.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 85.

⁵⁶ Segundo Renato Brasileiro de Lima: "Daí a importância de o não oferecimento da denúncia previsto no art. 4º, §4º, ser precedido do sobrestamento da persecução penal inserido no art. 4º, §3º, a fim de verificar a eficácia objetiva das informações prestadas pelo colaborador" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Volume Único. 5ª edição. Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 719).

⁵⁷ Se as declarações fossem homologadas sem a comprovação do resultado já produzido e só pudessem ser

Vale frisar que toda aquela instrução criminal, realizada em face dos demais corréus delatados, seria inútil àquele que não teve em face de si oferecida a denúncia, pois, como ele não participou dessa relação processual e, conseqüentemente, não se defendeu, as provas produzidas não poderiam ser utilizadas contra ele naquele processo, razão pela qual todo o trabalho teria que ser refeito em outra ação penal.

Portanto, como esta contribuição do colaborador não pode aguardar a futura instrução criminal para ser confirmada pelas provas produzidas em contraditório em face dos demais corréus, deve ser pré-constituída, formando, desde logo, o convencimento do magistrado quanto ao fato descrito no termo da proposta.

Nesse sentido, para que o relato do colaborador tenha eficácia e efetividade e possa ser homologado, terá que vir acompanhado de confirmação por outros elementos probatórios que tenham validade mesmo antes ou fora daquele processo que ainda será instaurado com base nessa colaboração (cujo benefício foi deixar de oferecer denúncia). Doravante, no benefício deixar de oferecer denúncia, a colaboração deve ser incontestada, de absoluta credibilidade e imune a dúvidas, já que confirmada por elementos probatórios produzidos antes e fora do processo⁵⁸.

De fato, é preciso reconhecer que a palavra do colaborador não possui o valor de prova (art. 4º, §16, da Lei nº 12.850), sendo certo, ainda, que prova pré-constituída é aquela formada e existente fora e antes do processo, ou seja, preparada preventivamente para utilização futura. Por isso, o relato do colaborador nunca será, isoladamente, uma prova, quanto mais pré-constituída. Contudo, a partir da sua versão, pode ser que sejam interpretadas ou produzidas provas antecipadas ou cautelares (exame de local de crime, exame em material ou objeto de crime, exame de corpo de delito, busca e apreensão, interceptações, gravações ambientais, quebras de sigilo etc), permitindo que outros

valoradas na sentença (como acontece com os demais benefícios), o que aconteceria se o magistrado entendesse, ao final do processo, que não possuem nenhum valor? Vamos supor que o colaborador faça um relato absolutamente inverídico e que os resultados produzidos após a instrução probatória fossem contrários à sua versão. Certamente, o magistrado não poderia chegar à convicção da sua responsabilidade, condenando-o ou concedendo-o outro benefício menos vantajoso, porém mais adequado, pois ele não integrava aquela relação jurídica na qualidade de réu e, portanto, não se defendeu. Sendo a contribuição do colaborador confrontada, desmentida e infirmada pelas provas produzidas pelos demais corréus delatados, o benefício não poderia ser reavaliado e tampouco o colaborador poderia ser apenado naquela sentença, sendo que o máximo que o juiz poderia fazer seria desconsiderar ou invalidar o acordo, enquanto ao Ministério Público restaria examinar a possibilidade de oferecer nova denúncia em face deste ex-colaborador.

⁵⁸ Por exemplo, aquele que, através da sua contribuição, consegue, desde logo, esclarecer algum ponto que não corre o risco de ser infirmado durante a instrução processual, como quem entrega o local do cativo e a polícia, com base nessas informações e em uma busca e apreensão, consegue libertar a vítima sequestrada.

elementos probatórios sejam realizados para que a convicção do magistrado se torne segura não necessariamente sobre toda a estrutura funcional daquela organização criminosa, mas, pelo menos, sobre a participação ou a contribuição daquele colaborador (cujo benefício negociado foi deixar de oferecer denúncia).

Enfim, esta é a única alternativa que garante a plena segurança jurídica ao acordo, bem como que isenta-o dos riscos de não ser confirmado posteriormente pela instrução processual criminal dos corréus delatados.

III.1.1.2. Requisitos relacionados ao colaborador

Outrossim, o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa, sendo que a sua personalidade, natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso devem indicar o recebimento do mais favorável de todos os benefícios. Isso significa que os requisitos do artigo 4º, §1º, precisam ser conjugados com aqueles do §4º, inciso I, tendo em vista que ambos são voltados à mesma finalidade de orientação ponderativa e definição do critério de escolha do benefício mais adequado ao caso concreto.

Cabe ao Ministério Público fazer a ponderação ao escolher qual dos benefícios melhor se enquadra na hipótese, sendo que o legislador estabeleceu, como critérios para esse conflito entre valores, que o *Parquet* leve em conta: a) o grau de importância do colaborador na hierarquia da organização criminosa; b) o nível de convencimento que a sua contribuição gerou à investigação; c) o risco que o colaborador assumiu ao contribuir com as investigações; d) o prejuízo que aceitou sofrer com eventual necessidade de ressarcimento ou multa; e) a gravidade dos atos que praticou enquanto participava da organização criminosa; f) as circunstâncias dos atos ilícitos praticados; g) os tipos de crimes cometidos, seja pelo colaborador ou pela organização criminosa; h) a repercussão social dos ilícitos cometidos pela organização criminosa; i) a repercussão social da específica participação do colaborador na organização criminosa.

Todos esses fatores devem ser valorados e depois ponderados, sendo que o Ministério Público não pode se esquecer que existem outros benefícios (perdão judicial, substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, redução da pena privativa de liberdade) que podem ser aplicados justamente para aquele que não merece o mais valioso deles (deixar de oferecer denúncia).

Por outro lado, o critério da liderança da organização criminosa não pode ser aferido tecnicamente, comparando-o aos representantes de órgãos de caráter lícito, em que a análise de um simples organograma permite dizer quem ocupa cargos ou exerce funções de Presidente, Chefe, Diretor etc. É preciso entrar no contexto da organização criminosa específica, avaliando toda a sua estrutura de funcionamento e a participação de seus principais agentes. Não ser o líder depende, ainda, de uma avaliação subjetiva da participação do agente, sendo que essa aferição pressupõe que já se saiba a dimensão exata da organização criminosa, o que, em tese, somente seria possível após o transcurso completo de toda a instrução processual.

Contudo, como a não liderança é um pressuposto da homologação deste benefício e como o deixar de oferecer denúncia só pode ser negociado na fase pré-processual, a participação deste colaborador deve estar clara e demonstrada antes mesmo do início da instrução processual em face dos corréus delatados. Tal questão torna ainda mais veemente a impossibilidade de se negociar o benefício deixar de oferecer denúncia com aqueles membros da organização com participações obscuras ou demasiadamente intensas na atividade criminosa.

Também não se pode negar que, em tempos modernos, de organizações criminosas extremamente sofisticadas, é plenamente possível a existência de mais de uma liderança, seja por conta de critérios de divisão de área (líder em certa região, líder em relação a determinado grupo ou sociedade etc) ou de matéria (líder especializado em uma determinada espécie de crime de uma organização criminosa bem eclética, líder financeiro etc)⁵⁹.

Dessa forma, se interpretássemos isolada e literalmente o requisito da não liderança, aquele agente responsável por toda a operação financeira, pelo pagamento de corrupção aos agentes públicos, o principal executor de ordens cruéis da chefia, bem como aquele apontado por todos como o segundo na ordem hierárquica da organização criminosa, isto é, pessoas de enorme importância na estrutura da sociedade delitiva, com funções típicas de comando e decisão, responsáveis por fatos extremamente graves e quiçá interessados em ser os novos *capos*, se enquadrariam, em tese, nessa hipótese e poderiam

⁵⁹ Por exemplo, no contexto do tráfico de drogas, uma única comunidade pode ter um líder, embora acima dele estejam as lideranças gerais daquela organização criminosa e abaixo outras lideranças ainda mais específicas, como o "gerente da cocaína" e o "gerente da maconha" etc.

ser agraciados com o mais valioso dos benefícios, o que, todavia, não parece ser a *mens legis*.

Resta muito claro que a lei reservou o benefício deixar de oferecer denúncia aos colaboradores que não tinham importante expressão funcional na organização criminosa e cujos atos ilícitos não foram aqueles correspondentes aos ocupantes da alta hierarquia de comando, emanando ordens e emitindo decisões.

III.1.2. A natureza jurídica da decisão judicial que homologa o acordo com o benefício deixar de oferecer denúncia

Como vimos, o benefício deixar de oferecer denúncia deve ser restrito a casos muitos específicos, em que a participação do agente na organização criminosa seja muito clara e bem delimitada, assim como que a eficácia e a efetividade da colaboração estejam já previamente demonstradas através de provas pré-constituídas, produzidas até a homologação deste benefício.

Diante disso, nota-se que o procedimento do benefício deixar de oferecer denúncia é peculiar, uma vez que, assim que o acordo é celebrado, se encerra a participação do colaborador na qualidade de imputado, podendo, a partir desse momento, constar, no máximo, como testemunha (art. 4º, §12, da Lei nº 12.850/2013).

Na verdade, caberia ao juiz, na decisão que homologa o acordo de colaboração premiada, somente "verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade" (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/2013), sendo que "a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia" (art. 4º, §11, da Lei nº 12.850/2013).

Porém, no caso do benefício deixar de oferecer denúncia, já demonstramos que não há um juízo bifásico de aferição deste acordo (art. 4º, §7º c/c §11, ambos da Lei nº 12850/2013), mas, ao contrário, uma única decisão judicial, cuja natureza jurídica é de sentença homologatória⁶⁰ do acordo de colaboração premiada e que gera a extinção da

⁶⁰ Assim como na transação penal, Grinover e outros ensinam que: "Certamente, a sentença não poderá ser classificada como absolutória, porquanto aplica uma sanção, de natureza penal. Mas, a nosso ver, tão pouco poderá ser considerada condenatória, uma vez que não houve acusação e a aceitação da pena não tem consequência no campo criminal". (...) "Na verdade, a sentença não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação" (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 3ª edição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000, p. 153).

punibilidade ao colaborador⁶¹. Aliás, a homologação é o julgamento acerca da observância de todos os pressupostos de determinado ato jurídico, sendo certo que, no caso do benefício deixar de oferecer denúncia, a eficácia e a efetividade estavam incluídos neste rol.

Assim, como homologar é julgar "sobre o que até então se passou"⁶², o próprio mérito desta colaboração (quanto ao benefício deixar de oferecer denúncia) já foi aferido completamente pelo magistrado, em cognição exauriente, uma vez que, repita-se, sua eficácia e efetividade foram esmiuçadas.

Com efeito, pode-se concluir que a decisão que analisa o acordo⁶³, no que tange especificamente ao benefício deixar de oferecer denúncia, deve ser definitiva e fazer coisa julgada⁶⁴. Entretanto, isso não significa que seus efeitos sejam imutáveis e irreversíveis,

⁶¹ Sendo a eficácia e a efetividade da colaboração, no caso do benefício deixar de oferecer denúncia, necessariamente aferidas na sua homologação (inclusive mediante o eventual sobrestamento do art. 4º, §3º), o efeito de uma sentença homologatória do acordo, que declara extinta a punibilidade do colaborador, seria equivalente ao de um arquivamento da investigação em face dele, diante da evidente ausência de interesse de agir do MP. Renato Brasileiro de Lima, por exemplo, reconhece que: "Apesar do legislador ter previsto a possibilidade de não oferecimento da denúncia, nada disse quanto ao fundamento de direito material a ser utilizado para fins de arquivamento do procedimento investigatório. Diante do silêncio da nova Lei de Organizações Criminosas, parece-nos possível a aplicação subsidiária do art. 87, parágrafo único, da Lei n 12.529/11, que prevê que o cumprimento do acordo de colaboração premiada acarreta a extinção da punibilidade do colaborador. (...) Por consequência, este dispositivo deve ser usado de maneira excepcional, vale dizer, o juiz não deve conceder o perdão judicial de pronto, vez que nem sempre será possível atestar o grau de liderança da organização criminosa exercido pelo colaborador sem o prévio encerramento da instrução criminal em juízo" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Volume Único. Editora JusPodium. 5ª edição. 2017, p. 719).

⁶² (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais - Tomo IV*. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2014, p. 410).

⁶³ Vale ressaltar que, caso o juiz discorde do benefício deixar de oferecer denúncia, proposto pelo MP, poderá aplicar o artigo 28 do CPP. Entretanto, se a Chefia Institucional do MP mantiver a proposta de acordo e não concordar com a recusa do juiz, o acordo será definitivo e caberá ao juiz segui-lo, por ser vinculante essa decisão do respectivo órgão interno revisor do *Parquet*, uma vez que trata-se de um acordo substitutivo, que representa justamente a forma pela qual a ação penal está sendo proposta em face desse colaborador. Todavia, discordar da ponderação realizada pelo MP, no exercício da sua discricionariedade de escolha do benefício mais adequado ao caso concreto, não pode ser confundido com eventual rejeição de homologação do acordo por vício de "regularidade, legalidade e voluntariedade" (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/2013). Nessa última hipótese, a competência é eminentemente jurisdicional, não cabendo a aplicação do art. 28 do CPP, mas sim a rejeição do acordo, ou, pelo menos, de alguma(s) de sua(s) cláusula(s) (Pet. 5.244. Rel. Min. Teori Zavascki).

⁶⁴ "As situações jurídicas processuais decorrentes do negócio jurídico também restarão reconhecidas e certificadas pela decisão homologatória, que, neste particular, procede ao juízo de controle dos pressupostos de existência e requisitos de validade de um negócio jurídico de natureza processual. O colaborador também ter certificadas situações jurídicas processuais ativas, como aquelas descritas nos incisos do art. 5 da Lei. A certificação das situações processuais, uma vez ocorrendo o trânsito em julgado da decisão homologatória, também estarão sujeitas a um manto de estabilidade e imutabilidade" (BOMFIM, Daniela; DIDIER JR, Fredie. *Colaboração Premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o Direito Processual Civil*. In: *Repercussões do Novo CPV - Processo Penal*. v. 13. Salvador: Editora JusPodium, 2016, p. 203).

especialmente no caso de descumprimento da obrigação contratual. Ora, a parte que não cumpre com as suas obrigações, no caso, com as condições da proposta, e então impede a produção dos resultados da colaboração, deve se sujeitar às consequências jurídicas deste ato ilícito.

Nesse sentido, levando-se em consideração que eventual defeito do negócio jurídico da colaboração contamina, com o mesmo vício, a própria sentença de homologação, esta decisão pode ser controlada em virtude daqueles vícios que revestiram o acordo e se estabeleceram como o conteúdo do ato jurisdicional. Se, de um lado, deve-se zelar pela estabilidade das decisões jurisdicionais, do outro, não se poderia admitir que essa garantia implicasse no recebimento de um benefício indevido, razão pela qual "a coisa julgada, neste caso, não é nem pode ser absoluta - sobretudo porque, essencialmente, prejudica terceiros que não fizeram parte do negócio"⁶⁵.

No mais, tendo em vista ser a colaboração premiada acessória à ação penal (onde aqueles corréus delatados estão sendo processados com base justamente no conteúdo do acordo), parece que o momento preclusivo final adequado para se contestar a decisão de homologação do benefício deixar de oferecer denúncia deveria acompanhar a formação da coisa julgada do processo principal, até porque, "a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias" (art. 184 do CC).

III.2. O benefício do perdão judicial

De plano, pode-se frisar que, pela redação do referido artigo 4º, *caput*, §2º e §4º, e especialmente do §12⁶⁶, os benefícios do perdão judicial e do não oferecimento da denúncia são diferentes⁶⁷. Fica muito claro, ao se interpretar os acima referidos enunciados legislativos, que a concessão do perdão judicial "poderá" ocorrer, caso o juiz resolva "conceder" o benefício, e que isso seria possível "desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados", devendo se levar em conta a "eficácia da colaboração" (artigo 4º, *caput* e §§1º e 11).

Dessa forma, a concessão do benefício está muito mais vinculada à comprovação

⁶⁵ BOMFIM, Daniela; DIDIER JR, Fredie. Op. cit., p. 207.

⁶⁶ Art. 4º, §12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

⁶⁷ Aliás, como já afirmamos em relação ao arquivamento e à remissão no ECA, não é lógico que a mesma lei preveja dois institutos diferentes, mas com a mesma finalidade.

da eficácia dos resultados da colaboração do que propriamente ao fato do perdão judicial ter sido o benefício negociado na proposta, o que nos leva a verificar que o colaborador, com quem foi acordado o perdão judicial, deve ser denunciado com os demais corréus e que o merecimento acerca da concessão do benefício será aferido na sentença.

Se no benefício deixar de oferecer denúncia o Ministério Público justamente não oferece a denúncia em face do respectivo colaborador, agora, ao contrário, haverá uma denúncia em face do colaborador, cujo benefício acordado foi o perdão judicial. Inclusive, não faria nenhum sentido, dentro do sistema gradativo de benefícios que podem ser oferecidos ao colaborador, que tanto o deixar de oferecer denúncia como o perdão judicial se equivalessem no não oferecimento da denúncia.

Outrossim, também não se trata de uma forma comum de perdão judicial⁶⁸, tendo em vista que, nas hipóteses do artigo 107, inciso IX, do Código Penal, o Ministério Público pode e deve requerer o arquivamento (se as circunstâncias que ensejarem o perdão já estiverem demonstradas no inquérito). Se no perdão judicial do Código Penal o *Parquet* pode pedir o arquivamento, mas na lei de organização criminosa deve oferecer uma denúncia cumulada com uma proposta de acordo, é porque são situações bem diferentes e, embora tenha sido usado o mesmo nome, claramente são institutos diversos, com a única semelhança que ambos podem gerar a extinção da punibilidade (daí talvez a escolha legislativa pelo mesmo nome)⁶⁹.

Cabe asseverar, também, que, enquanto o perdão judicial propriamente dito, previsto no artigo 107, inciso IX, do Código Penal, é ato unilateral do juiz, não sujeito sequer a aceitação do beneficiado, o perdão judicial da lei das organizações criminosas é totalmente bilateral, negociado e discutido, uma vez que a consensualidade é o elemento essencial da celebração do acordo, com compromissos e concessões para ambas as partes (art. 6º, incisos I e II).

Aliás, nos casos de perdão judicial do Código Penal, não há prazo para o perdoado cumprir nenhuma medida, se arrepender ou demonstrar o merecimento à

⁶⁸ Segundo Marcelo Mendroni: "Trata-se de uma espécie diferenciada de "perdão judicial" porque, segundo o conceito originariamente implantado no nosso sistema jurídico, ele busca deixar de punir aquele que tenha sofrido consequência social tão grave decorrente da sua própria conduta, que se pode considerar por aplicada e cumprida a pena" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado - Lei n° 12.850/2013*. São Paulo: Editora Atlas. 2014, p. 30).

⁶⁹ Na verdade, talvez fosse melhor que a lei tivesse simplesmente previsto mais uma causa de não aplicação da pena, ao invés do perdão judicial propriamente dito (artigo 107, inciso IX, do CP).

clemência, mas apenas uma sentença que concede unilateralmente a extinção da punibilidade e faz coisa julgada material, impedindo que o Ministério Público ofereça denúncia em face daquele mesmo fato. Todavia, no caso do perdão judicial como benefício da colaboração premiada, o colaborador será denunciado junto com os demais integrantes da organização criminosa e responderá ao processo na qualidade de corréu⁷⁰.

Portanto, o perdão judicial da lei das organizações criminosas não se equipara ao benefício de deixar de oferecer denúncia, previsto no artigo 4º, §4º, tampouco se confunde com o perdão judicial do Código Penal.

Além disso, com base no artigo 4º, §2º (especialmente diante da expressão "a qualquer tempo"), podemos perceber que o benefício do perdão judicial pode ser oferecido tanto na fase das investigações, como durante o processo, ou seja, com a ação penal já instaurada e a denúncia oferecida. Inclusive, nesse último caso, pode ser que, junto com a denúncia, ao réu não tenha sido oferecido nenhum benefício, ou até que tenha sido acordado um benefício menos favorável do que o perdão judicial, ou seja, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a redução da pena privativa de liberdade (artigo 4º, *caput*).

Contudo, pela redação do referido dispositivo legal, se o Ministério Público entender que, durante o processo, o réu passou a merecer o benefício mais vantajoso do perdão judicial, a lei de organizações criminosas não previu nenhuma regra especial admitindo a disponibilidade de ação penal já instaurada, razão pela qual não se pode excepcionar o artigo 42 do CPP⁷¹. Nesse sentido, se a colaboração do réu, durante o processo e já com denúncia oferecida, gerar o merecimento do perdão judicial, não há regra que autorize o *Parquet* a desistir da ação penal, o que nos leva novamente a concluir

⁷⁰ No HC-STF 127483, o Ministro Dias Toffoli reconheceu que: "(...) havendo um acordo de colaboração existente, válido e eficaz, nos termos do art. 4o, I a V, da Lei no 12.850/13, a aplicação da sanção premial nele prevista dependerá do efetivo cumprimento pelo colaborador das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos seguintes resultados:

- a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Se não sobrevier nenhum desses resultados concretos para a investigação, restará demonstrado o inadimplemento do acordo por parte do colaborador, e não se produzirá a consequência por ele almejada (aplicação da sanção premial)".

⁷¹ Art. 42 do CPP. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

que o processo irá continuar transcorrendo normalmente, até o eventual reconhecimento do benefício na sentença.

O já mencionado artigo 4º, §3º, que também se aplica ao benefício do perdão judicial, menciona a possibilidade de suspensão do prazo de oferecimento da denúncia em relação ao colaborador. Ocorre que, aqui, diferentemente do acordo deixar de oferecer denúncia, havendo a suspensão do prazo da denúncia e a negociação de um benefício de perdão judicial, obviamente que, depois do prazo de suspensão e após o cumprimento das medidas negociadas, a denúncia deverá ser proposta mesmo àquele a quem foi oferecido o perdão judicial⁷².

Quanto ao artigo 4º, §12⁷³, apesar deste enunciado deixar novamente claro que o benefício do perdão e do não oferecimento da denúncia são diferentes, ao falar que mesmo nestes casos o colaborador "poderá ser ouvido em juízo", fica uma falsa impressão de que eles não participariam do processo. Porém, tal dispositivo, embora possa parecer incoerente ou desnecessário, já que os outros réus possuem o direito de arrolar qualquer pessoa como testemunha, inclusive o colaborador, possui uma utilidade prática.

Como acabamos de concluir, o benefício do perdão judicial (da lei de organizações criminosas) somente pode ser verificado na sentença, onde serão avaliadas a eficácia e a efetividade da contribuição do réu. No entanto, pode ser que, dependendo do caso concreto, essa sentença (de extinção da punibilidade) não precise ser proferida exatamente ao final do processo e em conjunto com a sentença (absolutória ou condenatória) correspondente aos demais corréus delatados.

Em outras palavras, pode ser que, diante da pouca relevância da sua participação na organização criminosa, ou em virtude da sua enorme contribuição à investigação, os

⁷² Não concordamos com Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, para quem, suspenso o prazo de oferecimento da denúncia e demonstrada a eficácia da colaboração após o transcurso desse prazo, deveria o juiz promover o arquivamento em face desse colaborador: "Deferida a suspensão do prazo para oferta da denúncia, não deve o juiz, de plano, conceder o perdão judicial ao colaborador. Com efeito, o perdão, como vimos, é causa de extinção da punibilidade, nos termos do disposto no art. 107, inc. IX, do Código Penal e tal decisão, uma vez proferida, encontra-se definitivamente acobertada pela coisa julgada, o que importa no reconhecimento da imutabilidade do comando que dela emerge. Sugere-se, assim, que não seja concedido o perdão de pronto, não sem antes se atestar a eficácia da colaboração, demonstrável no prazo de seis meses, prorrogável por igual período. Transcorrido esse lapso temporal e comprovada que a delação se mostrou eficiente, aí sim será cabível a extinção da punibilidade pelo perdão (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado – Comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014, p. 58).

⁷³ Art. 4º, §12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

resultados do acordo celebrado com o réu colaborador (com quem foi negociado o benefício do perdão judicial) sejam atingidos após a denúncia, mas antes do término do processo, ensejando, portanto, a possibilidade de uma sentença incidental⁷⁴.

O intuito do legislador no citado dispositivo foi justamente mostrar que, caso a eficácia e a efetividade da colaboração do corréu, que acordou com o Ministério Público o benefício do perdão judicial, esteja definida antes do término do processo, o juiz pode, desde logo, proferir sentença extintiva da punibilidade em seu favor⁷⁵. Porém, como o processo ainda irá continuar em face dos demais corréus, "o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial" (art. 4º, §12).

III.3. Os benefícios de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, redução da pena privativa de liberdade e progressão de regime

Quanto ao terceiro e quarto tipos de benefícios da colaboração, pode ser que o Ministério Público, após a análise discricionária e ponderada do fato, do colaborador e da colaboração, entenda que não é caso de deixar de oferecer denúncia, nem do oferecimento do perdão judicial, mas sim que o ideal seria substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade (artigo 4º, *caput*). Esses benefícios, portanto, estão atrelados à aplicação da pena, sendo fixados na sentença, devendo o colaborador ser normalmente denunciado e participar do processo na qualidade de réu.

⁷⁴ Aliás, justamente o que ocorre nos casos de extinção da punibilidade previstos no Código Penal, havendo, por exemplo, a morte de um corréu ou a prescrição de determinado crime, não precisa o juiz aguardar o final do processo para proferir uma sentença única. Cabe ao magistrado prolatar, desde logo, sentença sobre determinada questão incidental definitiva, uma vez que o respectivo fato já se encontra suficientemente provado.

⁷⁵ Marcos Paulo Dutra Santos parece ter chegado à mesma conclusão: "Ante a natureza declaratória de extinção da punibilidade do perdão judicial, o deferimento pode vir em sede de absolvição sumária, nos termos do art. 397, IV, do CPP, inclusive para rejeitar materialmente a denúncia, mesmo porque causas de extinção da punibilidade são cognoscíveis de ofício. Ilustrando: os resultados almejados na colaboração eram os listados nos incisos III a V do art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, concretizados ainda no inquérito. Entendendo o magistrado, diante da imputação formalizada pelo Ministério Público, que o colaborador já se mostra merecedor do perdão, nada impediria a sua concessão liminar. Não por acaso o §12 do art. 4º preceitua que, "ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial", autorizando a concessão desse em fase prévia à instrução criminal. Sem embargo, reputamos prudente aguardar o desenlace da instrução, haja vista a possibilidade de advento de fato novo - *mutatio libelli* (art. 384 do CPP) -, a agravar a denúncia, não mais recomendando o perdão. Se a efetividade da cooperação, em contrapartida, depender do que venha a se apurar um juízo, impõe-se aguardar o término da instrução para, na sentença, se condenatória, sopesar a adequação (ou não) do perdão". (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: Editora JusPodium, 2016, p. 155).

Em que pese não deva ser contraditório àquilo que se comprometeu (art. 4º, §14), sob pena de descumprir o acordo (art. 6º, I, II e III), cabe ao colaborador apresentar a sua defesa⁷⁶, até porque o juiz pode entender, ao final do processo e examinadas as demais provas, que a sua responsabilidade é inferior àquela apontada no negócio jurídico, ou mesmo que deva ser absolvido⁷⁷.

Outrossim, dispõe o artigo 4º, §5º, que "se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos". Dessa forma, caso a colaboração ocorra após a sentença, não serão cabíveis os benefícios de deixar de oferecer denúncia, perdão judicial e substituição por pena restritiva de direitos.

Não faria nenhum sentido, evidentemente, deixar de oferecer denúncia em face daquele que foi até sentenciado pelos mesmos fatos, muito menos declarar extinta a punibilidade de quem foi condenado pela mesma conduta. O legislador entendeu, também, que pelo menos parte da pena privativa de liberdade imposta na sentença deveria ser cumprida, na medida em que vedou a sua substituição por pena restritiva de direitos, limitou a sua diminuição à metade, mas admitiu a progressão de regime, "ainda que ausentes os requisitos objetivos".

Aliás, essa expressão final é importante na medida em que demonstra que o legislador, ao mesmo tempo em que estabeleceu limites aos benefícios que poderiam ser

⁷⁶ Importante destacar jurisprudência do STF em que se demonstra que, embora tenha ocorrido acordo, ainda é necessário o exercício pleno da defesa: "Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante na Cláusula 10, K, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição" (Pet. 5.244. Rel. Min. Teori Zavascki).

⁷⁷ Vale referir Cezar Roberto Bitencourt sobre a possibilidade do acordo perder o objeto após a sua homologação, o que reforça que cabe ao magistrado avaliar mérito, conteúdo e eficácia do acordo somente ao final do processo e em cotejo com as provas produzidas em contraditório: "De qualquer modo, partindo-se de que o acordo de colaboração seja efetivamente homologado, a partir daí, o processo, que certamente seguirá com a inclusão do colaborador na denúncia, poderá ser levado a cabo, com a instrução e a sentença, onde serão finalmente aplicáveis as medidas constantes do acordo homologado. É que a natureza do acordo de colaboração premiada homologado - que é, sem dúvida, decisão - somente produzirá efeitos através da sentença, não gozando de qualquer autonomia. Porém, é indispensável que o "delator" tome conhecimento dos termos da homologação do acordo antes de prestar quaisquer declarações às autoridades, mesmo acompanhado de seu defensor. Isto é de suma importância, porque os réus que eventualmente colaborarem no feito, podem, ao final, ser absolvidos ou ter extinta a punibilidade, gerando a perda de objeto do acordo homologado. De tudo isso se deduz que somente é possível a aplicação do acordo na sentença, o que se traduz na obrigatoriedade de que o colaborador responda ao processo, portanto, que seja denunciado" (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 133).

negociados posteriormente à sentença (vedação aos benefícios deixar de oferecer a denúncia, do perdão judicial e da substituição por pena restritiva de direitos), também permitiu a concessão de benefícios contrariando leis penais gerais anteriores (v.g.. progressão de regime sem os requisitos legais do art. 33, §2º, do CP).

Portanto, é possível o acordo mesmo se estiver configurado o interesse público⁷⁸, como no processo penal sancionador, consagrando-se na colaboração premiada a capacidade de se convencionar excepcionando-se a própria lei.

Enfim, vale frisar que, como a lei não foi expressa colocando limite temporal àquilo que entendeu como meramente "posterior à sentença", não deve o intérprete fazê-lo, especialmente tratando-se de norma com conteúdo penal. Ora, sendo certo que o acordo após a sentença seria apresentado ao mesmo juízo que a proferiu, o trânsito em julgado também em nada mudaria o fato de que o próprio magistrado, que esgotou a sua jurisdição, poderia rever a sua sentença já preclusa. Desse modo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença e durante o cumprimento da pena, pode ser celebrada uma colaboração premiada, dependendo, evidentemente, da persistência do interesse das partes.

Isto posto, temos os cinco benefícios da colaboração premiada, sendo que o primeiro, deixar de oferecer denúncia, somente pode ser negociado durante as investigações, enquanto o perdão judicial e a substituição por pena restritiva de direitos podem ser propostos tanto antes, como após o início do processo judicial. Por outro lado, a redução da pena privativa de liberdade pode ser oferecida na investigação preliminar (até 2/3), durante o processo (até 2/3) e após a sentença (até 1/2).

Quanto à progressão de regime, apesar de ter sido referida apenas para cabimento após a sentença, nada obsta que também seja oferecida na investigação preliminar e durante o processo, isolada ou conjuntamente com o benefício da diminuição da pena privativa de liberdade. Isso porque, sendo muito menos vantajosa do que os outros benefícios (deixar de oferecer denúncia, perdão judicial, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou redução da pena privativa de liberdade), já que pressupõe o cumprimento de uma pena privativa de liberdade e um regime inicial mais restritivo, não faria sentido permiti-la exclusivamente logo no momento em que o

⁷⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*, Curitiba: CRV, 2017, p. 292.

legislador menos incentivou a negociação (após a sentença).

Inclusive, como no acordo após a sentença foi consagrada a possibilidade de convenção entre as partes excepcionando regra geral penal anterior, parece possível concluir que, em casos onde são negociados benefícios acessórios e secundários àquele que, na qualidade de principal, foi expressamente previsto pela lei das organizações criminosas, aplica-se o método de interpretação de que, quem pode o mais (negociar os benefícios deixar de oferecer denúncia, perdão judicial, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou redução da pena privativa de liberdade), pode o menos (oferecer, por exemplo, a progressão de regime, negociar local de cumprimento de pena etc).

IV. CONCLUSÃO

1. Enquanto o acordo de colaboração premiada é mero meio de obtenção de prova, a palavra do colaborador (ou de vários colaboradores), após o transcurso da instrução criminal e a realização do contraditório e da ampla defesa, se torna uma prova, embora de eficácia relativa uma vez que, isoladamente, não pode embasar uma sentença condenatória;
2. A colaboração pode ensejar os seguintes benefícios: deixar de oferecer denúncia, perdão judicial, substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, redução da pena privativa de liberdade e progressão de regime;
3. O benefício deixar de oferecer denúncia não se equipara ao arquivamento e tem a natureza jurídica de acordo substitutivo (negócio jurídico), sendo forma de exercício especial da ação penal;
4. O artigo 4º, *caput* e §1º, da Lei nº 12.850, enuncia os requisitos gerais da concessão dos benefícios na colaboração premiada, isto é, devem estar presentes não importa qual privilégio seja negociado. Os incisos I e II do artigo 4º, §4º, da Lei nº 12.850, trazem os requisitos especiais apenas do benefício deixar de oferecer denúncia;
5. No procedimento do benefício deixar de oferecer denúncia, não há um juízo bifásico de aferição deste acordo, mas uma única decisão judicial, cuja natureza jurídica é de sentença homologatória do acordo de colaboração premiada e que gera a extinção da punibilidade, razão pela qual, para que o acordo seja homologado, devem ter sido desde já produzidos os resultados da colaboração premiada;

6. O benefício deixar de oferecer denúncia só pode ser oferecido aos colaboradores que não tenham importante expressão funcional na organização criminosa e cujos atos ilícitos não forem aqueles correspondentes aos ocupantes da alta hierarquia de comando, emanando ordens e emitindo decisões;
7. No benefício do perdão judicial, o colaborador será denunciado junto com os demais integrantes da organização criminosa e responderá ao processo na qualidade de corréu;
8. No benefício do perdão judicial, caso a eficácia e a efetividade da colaboração do corréu estejam definidas antes do término do processo, o juiz pode, desde logo, proferir sentença extintiva da punibilidade em seu favor;
9. O benefício deixar de oferecer denúncia somente pode ser negociado durante as investigações, enquanto o perdão judicial e a substituição por pena restritiva de direitos podem ser propostos tanto antes, como após o início do processo judicial. Já a redução da pena privativa de liberdade pode ser oferecida na investigação preliminar (até 2/3), durante o processo (até 2/3) e após a sentença (até 1/2), ao passo que, após a sentença, também pode ser oferecida a progressão de regime;
10. Após a sentença, e mesmo após o seu trânsito em julgado e durante o cumprimento da pena, pode ser celebrada uma colaboração premiada, dependendo, evidentemente, da persistência do interesse das partes;
11. A colaboração premiada consagra a possibilidade de convenção mista (processual e penal) entre as partes, inclusive excepcionando regra geral penal disposta em lei anterior, conforme expressamente previsto no caso da progressão de regime após a sentença;
12. Entretanto, essa possibilidade de excepcionar regra geral penal disposta em lei anterior deve ser aferida com muitas reservas, especialmente nos casos em que os benefícios negociados não possuem a mesma natureza jurídica do principal, bem como quando não se encontram dentro das mesmas regras de competência do juízo e de atribuição do membro do Ministério Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei no 12.850/13*. Revista Jurídica Consulex, v. 443, 2015.

- BALLAN, Octahydes Jr; VASCONCELOS, Sóya Lélia Lins de. Colaboração Premiada: Instrumento para a Efetivação da Política Criminal Brasileira. *In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Ano XII, n° 70, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organizações Criminosas. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- BOMFIM, Daniela; DIDIER JR, Fredie. Colaboração Premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o Direito Processual Civil. *In: Repercussões do Novo CPV - Processo Penal*. v. 13. Salvador: Editora JusPodium, 2016.
- BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, 2016.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada. Porto Alegre: Editora Juruá, 2016.
- CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema. 2002. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/pcaeiro>. Acesso em 26/08/2017.
- CANOTILHO, J.J.; BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n° 400, 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. Derecho Processal Civil y Penal, tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa -America, 1971.
- CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti e PEDROSA, Ronaldo Leite. *Justa Causa Penal-Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado – Comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei n° 12.850/2013. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014.

- ESSADO, Tiago Cintra. Delação Premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 101, 2013.
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivan A.; CHAVES, Vitor P. III Relatório Supremo em Números - O Supremo e o Tempo. FGV Direito-Rio. 2004. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acessado em 28/02/2016.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Crime Organizado. Aspectos Processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. Criminalidade Organizada. Porto Alegre: Editora Juruá, 2014.
- FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2017.
- FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. Colaboração Premiada. Contornos segundo o sistema acusatório. Belo D'Plácio Editora, 2017.
- GIACOMOLLI, Nereu José. O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.
- GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei n° 12.850/13. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- JARDIM, Afrânio Silva. Poder Judiciário não pode ser refém de acordos de delação premiada do MP. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>. Acesso em 22 de julho de 2017.
- JUNOY, Joan Picó i. O Juiz e a Prova. Estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. 2a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.
- LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.
- MALAN, Pedro; PRADO, Geraldo. Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. 2ª ed. Campinas: Editora Bookseller, 2001.

- MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A Colaboração Premiada: um braço da Justiça Penal Negociada. *In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Ano X. n° 60, 2014.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. São Paulo: Editora Método, 2016.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência. 21^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei n° 12.850/2013). *In: Custos Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. v. 4, 2013.
- MITTERMAIER, C.J.A.. Tratado de la Prueba en Materia Criminal. Madri: Editorial REUS, 1929.
- MOSSIN, Heráclito Antonio; MOSSIN, Júlio César O. G.. Delação Premiada - Aspectos Jurídicos. 2a ed. Leme: Editora Jhmizuno, 2016.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Prova por Indícios no Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 2a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. Colaboração Processual e a Inquietante Indagação: a Delação é mesmo Premiada?. *In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. ano IX. n° 53, 2013.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada. Legitimidade e Procedimento. Curitiba: Editora Juruá, 2013.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração Premiada: um negócio jurídico processual? *In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n° 73, 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais, Curitiba: CRV, 2017
- PINTO, Ronaldo Batista. A Colaboração Premiada da Lei n° 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n° 56, 2013.

- PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. Crime Organizado - Comentários à Nova Lei sobre Crime Organizado. Salvador: Editora Jus Podium, 2014.
- PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas por métodos ocultos. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (Delação) Premiada. Salvador: Editora JusPodium, 2016.
- SARCEDO, Leandro. A delação Premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação. Revista Instituto dos Advogados de São Paulo. v. 27, 2011.
- SILVA, Eduardo Araújo da. Organizações Criminosas - Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade. São Paulo: Editora Método, 2007.
- TEIXEIRA, Carlos Adérito. Princípio da Oportunidade. Manifestações em Sede Processual Penal e sua Conformação Jurídico-Constitucional. Coimbra: Editora Almedina, 2006.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial - Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. nº 68. 2015.
- WUNDER, Paulo. A discricionariedade da ação penal pública e a regulação do processo penal pelo Ministério Público. *In: Reflexos Penais da Regulação*, Curitiba: Editora Juruá, 2017.