

HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : ERTON MEDEIROS FONSECA
IMPTE.(S) : JOSÉ LUIZ OLIVEIRA LIMA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DA PET 5244 DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus impetrado por José Luiz Oliveira Lima e outros em favor de Erton Medeiros Fonseca contra ato do Ministro **Teori Zavascki**, Relator da Pet nº 5.244/DF, que homologou o termo de colaboração premiada de Alberto Youssef.

Sustentam os impetrantes que deve ser admitido o *habeas corpus* contra ato com que o Ministro Relator teria homologado termo de colaboração premiada ilegal, ao fundamento de que, por violar a Lei nº 12.850/13, esse produzirá prova ilícita, uma vez que “(...) **a obtenção de provas** sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou **em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do processo legal**” (grifos do autor).

Em abono à tese do cabimento do **writ**, argumentam que

“[a] situação é especial porque, por meio de uma decisão monocrática, o Exmo. Ministro responsável pela homologação do acordo poderá, como no caso que se pretende submeter a essa Corte, ensejar a produção de provas ilícitas. O Paciente, embora atingido pelos efeitos do acordo de delação ilegal, não é parte no termo de colaboração e, portanto, não pode manejar recurso, como, por exemplo, o agravo regimental”.

Ao ver dos impetrantes,

“(...) o **habeas corpus** contra ato de Ministro responsável

pela homologação do acordo de colaboração premiada **não fere a organicidade dessa Corte**, muito pelo contrário, restabelece o rumo natural em um órgão colegiado: **as decisões isoladas do Relator devem passar necessariamente pelo crivo do Plenário.**

(...)

Nessas circunstâncias, impedir que o Paciente possua o direito ao **habeas corpus** é atentar diretamente contra o art. 102, I, 'd', da Constituição Federal e, mais amplamente, significa tolhê-lo de manejar o **habeas corpus** em seu favor para questionar a decisão que homologou a produção da prova por meio da colaboração premiada”.

Nesse sentido, pugnam pela não aplicação da Súmula nº 606 desta Corte ao caso vertente.

Quanto ao mérito do **habeas corpus**, relatam os impetrantes que o paciente, preso preventivamente desde 14/11/14, foi denunciado pelo Ministério Público Federal pelos crimes de organização criminosa, corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e uso de documento falso, com base nas declarações do colaborador Alberto Youssef, razão por que

“(...) sem necessidade de qualquer exame aprofundado da prova, resta[ria] evidente que o Paciente encontra-se legitimado para questionar a legalidade da decisão que homologou o acordo de delação premiada, uma vez que a colaboração prestada por Alberto Youssef já [seria] usada em seu desfavor desde a decretação de sua prisão preventiva”.

Prosseguem os impetrantes afirmando que,

“[a]o se homologar um acordo de colaboração premiada, a autoridade judicial não deve aferir apenas os seus elementos objetivos e subjetivos, mas as suas características próprias, ou seja, aquelas ontológicas, intrínsecas à sua própria natureza.

E dentre os critérios ontológicos da delação está,

justamente, a confiança.

(...) Ou seja, a condição fundamental para um delator é a confiança, de tal sorte que, não apenas ele deve confiar no agente estatal, **mas ele próprio deverá se fazer confiar, ser digno de confiança**. Essa é a condição básica, elemento **a priori**, de qualquer formalização de contrato de delação (...)."

(...)

Portanto, se é defeso ao agente estatal, no âmbito de sua discricionariedade juridicamente vinculada, transigir com alguém indigno de confiança, por óbvio, não seria admissível que o Estado-acusador transigisse de tal forma na seara do direito penal!

Tal circunstância se torna ainda mais patente ao se ter **em** vista que a discricionariedade do ato firmado no acordo de delação afasta direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos, de forma que nem mesmo o livre convencimento motivado judicial poderia justificar a ausência de fidúcia **no** delator.

Excelências, no caso que se traz ao vosso conhecimento, o próprio Estado-acusador havia reconhecido (repise-se, **apenas 7 dias antes do novo acordo**) que o delator seria um *criminoso profissional há no mínimo 20 anos, que já desrespeitou um acordo anterior*. Portanto, de que forma seria ele digno de confiança estatal e, portanto, dotado de pressuposto inerente à condição de delator?

Não se trata, apenas, de ausência de requisito subjetivo para a delação, conforme será explorado mais adiante, mas de completa ausência de pressuposto ontológico e axiológico da condição de delator.

(...)

No caso que deu ensejo a esta impetração, a situação apresentada se mostra ainda mais grave, pois a *personalidade do colaborador* fora descrita como *voltada para a prática criminosa*, apenas alguns dias antes da formalização do acordo de delação. Relembrando, em uma denúncia oferecida em 22.4.14, o Ministério Público Federal afirma que Alberto Youssef *'trabalha,*

no mínimo, há vinte anos no mercado de câmbio paralelo, como *doleiro*’, tendo já desobedecido aos termos de um primeiro acordo de delação premiada. A discricionariedade vinculada de qualquer agente estatal está adstrita aos termos da Lei e aos princípios norteadores da moralidade e boa-fé”.

Além do elemento ontológico da confiança, asseveram os impetrantes que, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.850/13, a personalidade do colaborador deve ser verificada no momento da concessão do benefício, de modo que, diante do descumprimento de anterior acordo de colaboração, esse pressuposto de validade não teria sido observado, o que conduziria à ilegalidade da decisão homologadora do novo acordo de colaboração em questão.

Sustentam ainda que a ilegalidade do acordo de colaboração também deriva da existência de cláusulas patrimoniais ilícitas prevendo a liberação de imóveis de vultoso valor à ex-mulher e às filhas do colaborador, que teriam sido adquiridos com os proventos da infração e ocultados por meio de lavagem de dinheiro. Para os impetrantes,

“[o] acordo de colaboração premiada não pode ser elaborado de forma discricionária, pelo contrário, deve seguir os termos dispostos na legislação pátria, que não prevê, em nenhuma hipótese, a concessão de benefícios patrimoniais.

O art. 4º da Lei nº 12.850/13 estabelece o alcance dos benefícios, preceituando que o Juiz poderá “*conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direito*”. Logo, não há previsão de isenção ou mitigação da **responsabilidade civil de reparar os danos (...)**

(...)

Além de não existir dispositivo legal para legitimar as doações feitas no acordo de colaboração, há, em nosso ordenamento jurídico, norma que proíbe expressamente qualquer espécie de flexibilização das regras internas de confisco de bens adquiridos por meio de crimes de lavagem de

capitais e corrupção.

Trata-se da Convenção de Mérida (Decreto. nº 5.687/2006), que disciplina o tratamento aos crimes de lavagem de capitais e corrupção. Ao abordar o embargo preventivo, apreensão e confisco de bens, seu art. 31 estabelece que *'cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco (...) do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto'*.

Assim, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 5.687/2006, a Convenção de Mérida impõe que o Brasil adote medidas de confisco de bens adquiridos com proveitos de crimes de corrupção e lavagem de capitais *'no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno'*. Ou seja, nenhuma lei permite a liberação de bens em favor do Colaborador, e, como se não bastasse, há também um mandamento legal expresso para que as medidas jurídicas de confisco existentes sejam adotadas no **maior grau permitido**. É absolutamente ilegal, portanto, que o acordo de colaboração premiada resolva relativizar o tema e doar bens ao Colaborador.

Vale ainda observar que o acordo de colaboração premiada está ilegalmente dispondo de bens que dizem respeito a reparação do dano sofrido pela suposta vítima, no caso, a Petrobras''.

(...)

Ademais, a Lei nº 9.615/98, que dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro, igualmente prevê a imposição de *'medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente'* (art. 4º, § 4º, grifamos). Referida legislação também estabelece **preferência** ao ressarcimento do lesado, estipulando **a perda 'de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé'** (art. 7º, I, grifamos).

A Convenção de Mérida (Decreto nº 5.687/2006) igualmente determina o confisco de bens adquiridos com valores ilícitos e sua 'restituição a seus legítimos proprietários anteriores'. A Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/2004) estabelece a adoção de uma série de medidas para permitir o confisco do produto das infrações, ressaltando que 'não deverão, em circunstância alguma ser interpretadas de modo a afetar os afetar os direitos de terceiros de boa fe'.

No caso concreto, o acordo de colaboração 'liberou', em favor de pessoas próximas ao Colaborador os bens adquiridos com os resultados dos crimes praticados contra a Petrobras, afrontando os direitos preferenciais de reparação do dano ao lesado, impostos pelo Código de Processo Penal, Lei de Lavagem de Dinheiro, Convenção de Mérida e Convenção de Palermo.

Diante do exposto, o acordo de colaboração premiada, ao liberar, em favor de pessoas ligadas ao Colaborador, bens adquiridos com os valores provenientes das infrações, estabeleceu benefício não previsto em lei e ofendeu o art. 31 do Decreto nº 5.687/2006 (Convenção de Mérida), que impõe a aplicação das medidas de confisco no maior grau permitido, proibindo qualquer flexibilização das normas vigentes.

Da mesma forma, ao liberar bens que, em tese, poderiam ser objeto de reparação do dano civil por parte da Petrobras, o acordo violou a preferência legal do ofendido na recuperação de ativos, prevista no art. 125 do Código de Processo Penal; art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.615/98; art. 57 do Decreto nº 5.687/2006 (Convenção de Mérida) e art. 12 do Decreto nº 5.015/2004 (Convenção de Palermo).

Em conclusão, as ilegais cláusulas patrimoniais inseridas no acordo de colaboração premiada, homologadas por decisão judicial, ofendem inúmeras normas jurídicas e desrespeitam o princípio constitucional do **devido processo legal.**"

Ante o exposto, requerem os impetrantes "o reconhecimento da ilegalidade do despacho que homologou o acordo de colaboração

HC 127483 / PR

premiada, determinando-se a nulidade de toda prova a partir dele produzida”.

Em 7/4/15, com fundamento no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, neguei seguimento ao presente **habeas corpus**, ao fundamento de que a jurisprudência da Corte, com a ressalva de meu entendimento pessoal, não tem admitido o **habeas corpus** originário para o Pleno contra ato de seus ministros ou de outro órgão fracionário.

Contra essa decisão foi interposto tempestivo agravo regimental, pugnano-se por sua reforma.

O Procurador-Geral da República Dr. **Rodrigo Janot Monteiro de Barros** opinou pelo não provimento do recurso, aduzindo que a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal não admite **habeas corpus** ao Plenário contra ato de Ministro Relator. Sustenta, ainda, a higidez do acordo de colaboração premiada ora hostilizado.

O eminente Ministro **Teori Zavascki**, Relator da Pet. nº 5.244/DF e indicado como autoridade coatora, prestou as informações solicitadas.

Em 17/8/15, reconsiderarei a decisão de negativa de seguimento ao **habeas corpus** e determinei seu regular processamento, a fim de ser submetido ao Plenário, facultando-se aos impetrantes sustentarem oralmente suas razões.

É o relatório.

HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme já relatado, trata-se de **habeas corpus** impetrado por José Luiz Oliveira Lima e outros em favor de Erton Medeiros Fonseca contra ato do Ministro **Teori Zavascki**, Relator da Pet nº 5.244/DF, o qual homologou o termo de colaboração premiada de Alberto Youssef, **in verbis**:

“**DECISÃO:** 1. Trata-se de requerimento, formulado pelo Procurador-Geral da República, de homologação do ‘Termo de Colaboração Premiada’ de fls. 3-19. firmado entre o Ministério Público Federal - MPF e, como colaborador, Alberto Youssef, conforme prevê o § 7º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013. Informa o requerente que, a partir de procedimentos investigatórios no âmbito do Inquérito Policial n. 714/2009, foi possível identificar um conjunto de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em operações ilícitas, entre as quais as ‘utilizadas inclusive para lavar dinheiro oriundo de crimes antecedentes praticados em detrimento da PETROBRAS’. A primeira fase da investigação propiciou a deflagração da denominada ‘Operação Lava Jato’, em março de 2014, ‘com a finalidade de apurar a atuação de organizações criminosas responsáveis pela operação de estruturas paralelas ao mercado de câmbio e lavagem de dinheiro, abrangendo um grupo de indivíduos com âmbito de atuação nacional e transnacional’. Encontram-se atualmente em curso, segundo a petição, mais de duzentos e cinquenta procedimentos investigatórios. no âmbito dos quais foram expedidos mandados de busca e apreensão, de condução coercitiva e prisão, além da decretação do afastamento do sigilo bancário de diversas pessoas físicas e jurídicas. Foram propostas, a partir dessas investigações, doze ações penais. Entre os investigados e acusados, um deles é Alberto Youssef, que, estando preso. concordou em firmar o termo de

colaboração ora submetido à homologação judicial, justificando-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal para promover a decisão a respeito em face da especial circunstância de que, entre as pessoas indicadas como envolvidas nos delitos objeto da colaboração, figuram autoridades com prerrogativa de foro perante a Suprema Corte.

Para o fim da verificação determinada pelo art. 4º, § 7º da Lei 12.850/2013, deleguei ao Juiz Márcio Schiefler Fontes, magistrado instrutor convocado para atuar neste Gabinete (art. 3º, III, da Lei 8.038/1990), a oitiva prevista naquele dispositivo, a teor do art. 21-A, § 1º, I, do RISTF. Realizada a audiência determinada, nas dependências do Hospital Santa Cruz, Subseção Judiciária de Curitiba/PR, juntou-se o respectivo termo e mídia digital (fls. 110-114, em que consta a gravação audiovisual da oitiva do colaborador na presença de seu defensor.

2. Dos documentos juntados com o pedido é possível constatar que, efetivamente, há elementos indicativos, a partir dos termos do depoimento, de possível envolvimento de várias autoridades detentoras de prerrogativa de foro perante tribunais superiores, inclusive de parlamentares federais, o que atrai a competência do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, b, da Constituição.

3. Afirmada a competência, examino o pedido de homologação. A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta Corte (HC 90688, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF v. 30. n. 358. 2003. p. 389-414) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial

que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade.

A voluntariedade do acordo foi reafirmada pelo colaborador no depoimento já mencionado, prestado judicialmente na presença e com anuência de seu advogado, conforme demonstra a mídia juntada aos autos. A regularidade da documentação apresentada pelo Ministério Público se soma à legitimidade do procedimento adotado, com especial observância da Lei 12.850/2013. 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 da 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.

É dizer: não há, na ressalva, nada que possa franquear ao colaborador descumprimento do acordado sem sujeitar-se à perda dos benefícios nele previstos. O contrário, porém, não será verdadeiro: as cláusulas do acordo não podem servir como renúncia, prévia e definitiva, ao pleno exercício de direitos fundamentais.

4. Ante o exposto, HOMOLOGO o 'Termo de Colaboração Premiada', de fls. 3-19, com a ressalva acima indicada, a fim de que produza seus jurídicos e legais efeitos perante qualquer juízo ou tribunal nacional, nos termos da Lei 12.850/2013. 'Remeta-se, desde logo, ao juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR e, oportunamente, ao Superior Tribunal de Justiça, cópia da presente decisão, juntamente com cópia do termo de colaboração premiada, apondo-se em cada folha a identificação correspondente, a fim de que seja dado o devido cumprimento, no âmbito de atuação autuação desses órgãos judiciários, devendo ser por eles observados, no que couber, o regime de sigilo imposto pelo art.

7º da referida Lei 12.850/2013.

Os demais pedidos, formulados em petição própria (v.g., cisão dos expedientes e instauração de procedimentos autônomos), serão examinados em decisão apartada.”

Essa é a razão por que se insurgem os impetrantes.

I) DA ADMISSIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* PARA O TRIBUNAL PLENO CONTRA ATO DE MINISTRO RELATOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Preliminarmente, registro que, nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal).

Considerando-se que o acordo de colaboração premiada também é um meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o Relator tem poderes para, **monocraticamente**, homologá-lo, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, majoritariamente, não vem admitindo o **habeas corpus** originário para o Pleno contra ato de seus ministros ou de outro órgão fracionário da Corte. **Vide:**

“**HABEAS CORPUS. DECISÃO DE MINISTRO RELATOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 606. DECISÃO IMPUGNÁVEL POR MEIO DE AGRAVO INTERNO, E NÃO ATRAVÉS DE OUTRA IMPETRAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1.** Esta Corte firmou a orientação do não cabimento de **habeas corpus** contra ato de Ministro Relator ou contra decisão colegiada de Turma ou do Plenário do próprio Tribunal, independentemente de tal decisão haver sido proferida em sede de **habeas corpus** ou proferida em sede de recursos em geral (Súmula 606). 2. É legítima a decisão monocrática de Relator

que nega seguimento a **habeas corpus** manifestamente inadmissível, por expressa permissão do art. 38 da Lei 8.038/1990 e do art. 21, § 1º, do RISTF. O caminho natural e adequado para, nesses casos, provocar a manifestação do colegiado é o agravo interno (art. 39 da Lei 8.038/1990 e art. 317 do RISTF), e não outro **habeas corpus**. 3. **Habeas corpus** não conhecido (HC nº 97.009/RJ, Tribunal Pleno, Relator para acórdão o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 4/4/14);

“**HABEAS CORPUS**. Ação de competência originária. Impetração contra ato de Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal. Decisão de órgão fracionário da Corte. Não conhecimento. HC não conhecido. Aplicação analógica da súmula 606. Precedentes. Voto vencido. Não cabe pedido de **habeas corpus** originário para o tribunal pleno, contra ato de ministro ou outro órgão fracionário da Corte” (HC nº 86.548/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 19/12/08).

Sempre ressalvei, contudo, meu entendimento pessoal, em sentido contrário, pelo cabimento do **writ** nessas hipóteses, com fundamento no art. 102, I, i, da Constituição Federal, segundo o qual compete ao Supremo Tribunal

“processar e julgar **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal”.

Em acréscimo, saliento que, na espécie, o paciente não figura como parte na Pet nº 5.244/DF, razão por que não poderia interpor agravo regimental contra a decisão do Ministro Relator que homologou o acordo de colaboração premiada, o que justifica, ainda mais, o cabimento da impetração originária do **habeas corpus** para o Plenário contra o ato em questão.

Admito, portanto, a impetração e passo a analisar seu mérito.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, reputo pertinentes algumas reflexões a respeito do instituto da colaboração premiada, denominação que, por ter sido expressamente adotada pela Lei nº 12.850/13, mostra-se mais adequada que delação premiada.

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

No Título VI, item 12, do citado Livro V, previa-se o perdão ao partícipe e delator do crime de lesa majestade (“e quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão”), assim como uma recompensa (“mercê”) ao delator, “segundo o caso merecer”, desde que não fosse o principal organizador da empreitada criminosa (“se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação”).

Esse benefício, todavia, não tinha incidência se outrem delatasse o crime (“sendo já per outrem descoberto”) ou se já houvesse investigação a seu respeito (“posto em ordem para se descobrir”), pois, nessas hipóteses, o rei já teria conhecimento do fato ou estaria em condições de o saber.

O segundo dispositivo constava do Título CXVI (“como se perdoará aos malfeitores [...] que derem outros à prisão”).

Relativamente aos crimes de falsificação de moeda, sinal ou selo; incêndio; homicídio; furto; falso testemunho; “quebrantar prisões e cadêas de fôra per força”; “forçar mulher”; “entrar em Mosteiro de Freiras com proposito deshonesto”; “em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabellião, ou Scrivão”, previa-se, por exemplo, que

“[q]ualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes (...); tanto que assi der à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu á prisão, participante em cada hum dos ditos maleficios, em que

he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte”.

Esse mesmo dispositivo previa ainda, além do perdão ao delator, uma recompensa pecuniária, ao estabelecer que,

“sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e der á prisão, e lho provar, haja de Nós trinta cruzados de mercê”.

Feito esse registro histórico, passo à análise da colaboração premiada como meio de obtenção de prova.

II) DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA.

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

Cumpr, aqui, extremar, de um lado, meios de prova e, de outro, meios de pesquisa, investigação ou obtenção de prova.

Mario Chiavario, com base na tipologia adotada pelo Código de Processo Penal italiano, distingue meios de prova (**mezzi di prova**) dos meios de pesquisa de prova (**mezzi di ricerca della prova**): os primeiros definem-se oficialmente como os meios por si sós idôneos a oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em suas decisões; os segundos, ao revés, não constituem, **per se**, fonte de convencimento judicial, destinando-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”, os quais, por intermédio daqueles, podem ser inseridos no

processo (**Diritto processuale penale – profilo istituzionale**. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 353).

Para **Antônio Magalhães Gomes Filho**.

“[o]s *meios de prova* referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e fixação de dados probatórios *no processo*. Os *meios de pesquisa* ou *investigação* dizem respeito a certos procedimentos (em geral, *extraprocessuais*) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).

Com base nisso, o Código de Processo Penal italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os *mezzi di prova* (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os *mezzi di ricerca della prova* (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas etc.), que não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público” (Notas sobre a terminologia da prova - reflexos no processo penal brasileiro. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Org.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo, DSJ Ed., 2005, p. 303-318).

No mesmo sentido, aduz **Gustavo Badaró** que,

“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 instrumento 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” (**Processo Penal**. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270).

Há que se distinguir, ainda, “elemento de prova” de “resultado da prova”.

Antônio Magalhães Gomes Filho, após assentar a natureza polissêmica do vocábulo “prova”, aduz que,

“na terminologia do processo, a palavra *prova* serve também para indicar cada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina *elemento de prova* (*evidence*, em inglês). Constituem elementos de prova, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento etc.

(...)

Sob outro aspecto, a palavra *prova* pode significar a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato: é o *resultado da prova* (*proof*, em inglês), que é obtido não apenas pela soma daqueles *elementos*, mas sobretudo por meio de um procedimento intelectual feito pelo juiz, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira ou não” (Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Org.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo, DSJ Ed., 2005, p. 303-318).

Como se observa, a colaboração premiada, como **meio de obtenção de prova**, destina-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no

sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito.

Outrossim, o **acordo** de colaboração não se confunde com os **depoimentos** prestados pelo agente colaborador.

Enquanto o acordo de colaboração é **meio de obtenção de prova**, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem **meio de prova**, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por **outros** meios idôneos de prova.

Nesse sentido, dispõe o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13 que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento **apenas** nas declarações de agente colaborador”.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, há muito, assentou o entendimento de que “a delação, de forma isolada, não respalda condenação” (HC nº 75.226/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 19/9/97), e de que “a chamada de *corrêus*, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação”, mas tão somente “como elemento ancilar da decisão” (HC nº 90.708/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 13/4/07).

Mais recentemente, na AP nº 465/DF, Pleno, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 30/10/14, o Supremo Tribunal Federal voltou a ressaltar que a delação de *corrêu* não pode servir como elemento decisivo para a condenação.

Como destacado nesse julgado,

“[s]egundo a nossa consolidada jurisprudência, admite-se a invocação da delação, desde que ela não constitua o fundamento exclusivo da condenação (*Habeas Corpus* ns. 75.226, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19.9.1997; e 71.813, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.2.1995; e o Recurso Extraordinário n. 213.937, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.6.1999).

Asseverou-se no último dos julgados mencionados:

‘EMENTA: CRIMINAL. PROVA. CONDENAÇÃO. DELAÇÃO DE CO-RÉUS. INVOCAÇÃO DO ART, 5º, INCISOS LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO: AFRONTA INOCORRENTE. É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a condenação. (...)’.

Igualmente, o *Habeas Corpus* n. 81.618, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 28.6.2002:

‘EMENTA: Habeas corpus. Pretendida declaração de nulidade da sentença condenatória, que estaria baseada apenas na delação feita por co-réu. Pretensão que encontra obstáculo no reconhecimento, pelo acórdão recorrido, de que não se está diante de uma condenação baseada exclusivamente nessa delação, mas que envolve outros elementos de prova, insuscetíveis de exame no âmbito restrito do habeas corpus (...)’.

A questão do valor probatório das declarações do agente colaborador será retomada no item IV **infra**.

III) DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL.

Além de meio de obtenção de prova, o acordo de colaboração premiada enquadra-se na categoria **negócio jurídico processual**.

Antônio Junqueira de Azevedo, após criticar as definições de negócio jurídico pela gênese (“como ato de vontade”) e pela função (“como norma jurídica concreta”), prefere defini-lo por sua estrutura:

“O negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto.

Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (*as circunstâncias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade* (...).

In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (**Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-16).

Assentada essa premissa, segundo **Otávio Luiz Rodrigues Júnior**,

“é possível definir *negócio-jurídico processual* como uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo, de que é exemplo, no processo civil, a transação em juízo (art. 267, III, CPC)” (Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. **Revista Jurídica**, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004, p. 53).

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

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

Quanto ao emprego da denominação “imputado” para qualificar o sujeito passivo da persecução penal, **Rodrigo Capez** observa que

“[n]a fase da investigação preliminar, há suspeito, investigado ou indiciado, de acordo com o menor ou maior grau de possibilidade (suspeito, investigado) ou de probabilidade (indiciado) de autoria. Acusado, por sua vez, é o sujeito passivo da ação penal, a pessoa contra quem se deduz a pretensão acusatória.¹

Desta feita, somente é possível falar-se em acusado com o oferecimento da denúncia ou queixa, quando se formaliza uma imputação contra o denunciado ou querelado.² Nesse sentido, antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa, já há acusado ou réu.

O Código de Processo Penal italiano, ao disciplinar a fase de investigação preliminar, se refere ao investigado, nos arts. 61 e 415-bis, como *‘persona sottoposta alle indagini preliminari’* (‘pessoa submetida à investigação preliminar’) ou *‘indagato’* (‘inquirido’), substantivo de uso corrente na praxe judiciária italiana, mas ‘pouco elegante’, nas palavras de Paolo Tonini.³

Por sua vez, imputado (*‘imputato’*) é a pessoa a quem o Ministério Público, no exercício da ação penal, atribui (=

1 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 200. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 341-342 e p. 732.

2 TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 185.

3 TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 14. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 130. Vide, ainda, CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale – profilo istituzionale**. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 180-182).

imputa) o delito, nos termos dos arts. 60 e 405 do Código de Processo Penal italiano.⁴

De acordo com Mario Chiavario, o termo 'acusado', embora não fosse usual 'na tradição processual-penalística italiana', veio a ser incorporado pela Constituição italiana no art. 111, inc. 3, que trata das garantias processuais da pessoa acusada ('*accusata*') de um crime. Referido autor observa ainda que, na tradicional terminologia legislativa italiana, é central o emprego da expressão '*imputato*', que assume essa condição após o exercício da ação penal e a correlata formulação da imputação.⁵

Feito o paralelo com a legislação italiana, resta verificar se existe, no processo penal brasileiro, um termo mais abrangente, que possa compreender todas as qualificações passíveis de emprego ao longo da persecução penal (suspeito, investigado, indiciado, denunciado, querelado, acusado, réu).

A expressão 'acusados em geral', embora adotada pela Constituição Federal no art. 5º, LV, não parece a mais adequada, porque a qualificação 'acusado' traz ínsita a ideia de ação penal já exercida.

José Frederico Marques observa que 'muita confusão existe a respeito do **nomen juris** ou designação que se deva dar a quem é sujeito de uma acusação criminal'. Cita doutrina no sentido de que, em face do sistema misto do Código de Instrução Criminal francês, a denominação de imputado caberia àquele que é sujeito passivo do procedimento instrutório, ou **judicium accusationis**, reservando-se a designação de acusado para a pessoa submetida ao juízo pleno da causa. Registra ainda, citando doutrina chilena, a expressão inculpado, que designaria o indivíduo suspeito, contra o qual surgem os primeiros indícios de autoria.

4 TONINI, 2013. p. 131; VOENA, Giovanni Paolo. **Compendio di procedura penale**. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 97-99.

5 CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale** – profilo istituzionale. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 175-178.

Para Frederico Marques, no processo penal condenatório, é a imputação que delimita o objeto da persecução criminal. ‘Desde a **notitia criminis** a imputação surge e aparece, embora configurando-se imprecisa e incipiente. Na acusação, a **causa petendi** é a própria imputação. Finalmente, a sentença condenatória nada mais é que a imputação certa e provada como **prius** e fundamento das sanções jurídico-penais. Como imputar é atribuir a alguém um fato delituoso, tanto a notícia do crime como a acusação contêm uma qualificação provisória desses fatos que descreve, consistente no enquadramento desses fatos na descrição típica contida na norma penal incriminadora (...) Na imputação, há os seguintes elementos: a) descrição de fatos; b) qualificação jurídico-penal desses fatos; c) atribuição dos fatos descritos a alguém’ (...) Na notícia do crime há uma imputação *possível*, que se transforma em *provável* quando da *acusação*, e que *se torna certa*, ao ser proferida a sentença condenatória.⁶

Nessa esteira, pensamos que, embora destoe do rigor do processo penal italiano, a expressão ‘**imputado**’ melhor se conforma a qualificar o sujeito passivo da persecução penal, ao longo de todo o seu arco (investigação preliminar e ação penal)” (A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro. São Paulo, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo, p. 53/54, grifei).

Note-se que a Lei nº 12.850/13 expressamente se refere a um “acordo de colaboração” e às “negociações” para a sua formalização, a serem realizadas “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” (art. 4º, § 6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual.

Dentre os relevantes efeitos processuais do acordo de colaboração,

6 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. II, p. 62-63 e 223-225.

destacam-se os previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13: **i)** “o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional” (§ 3º); **ii)** “o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração (§ 4º); e **iii)** “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade” (§ 14).

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

Indubitável, portanto, tratar-se de um negócio jurídico processual.

Outrossim, de acordo com **Antônio Junqueira de Azevedo**, o exame do negócio jurídico deve ser feito em três planos sucessivos: **i)** da existência, pela análise de seus elementos, a fim de se verificar se o negócio é existente ou inexistente; **ii)** da validade, pela análise de seus requisitos, a fim de se verificar se o negócio existente é válido ou inválido (subdividido em nulo e anulável); e **iii)** da eficácia, pela análise de seus fatores, a fim de se verificar se o negócio existente e válido é eficaz ou ineficaz em sentido estrito (*op. cit.*, p. 23-64).

Ao tratar do plano da existência, o saudoso Mestre da “velha e sempre nova Academia de Direito” do Largo de São Francisco aduz que

“[e]lemento do negócio jurídico é tudo aquilo que lhe dá existência no campo do direito. Classificam-se, conforme o tipo de abstração, em elementos gerais, isto é, próprios de todo e qualquer negócio jurídico; categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; e particulares, isto é, existentes, sem serem

gerais ou categoriais, em determinado negócio. Os elementos gerais subdividem-se em intrínsecos (ou constitutivos), que são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, e extrínsecos, que são o agente, o lugar e o tempo do negócio. Os categoriais subdividem-se em inderrogáveis (ou essenciais) e derogáveis (ou naturais); os primeiros definem o tipo de negócio e os segundos apenas defluem de sua natureza, sem serem essenciais à sua estrutura (...)” (*op. cit.*, p. 31-40).

Por sua vez, validade é

“(…) a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’). Validade, é, pois, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. ‘Válido’ é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas” (**Antônio Junqueira de Azevedo**, *op. cit.*, p. 42).

Assim, requisitos de validade são as qualidades que os *elementos* do negócio jurídico devem ter para que esse seja válido.

“Por isso mesmo, se o negócio jurídico é declaração de vontade e se os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, são essa mesma declaração tresdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais, e se os requisitos são qualidades dos elementos, temos que: a declaração de vontade, tomada principalmente como um todo, deverá ser: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé (se não for assim, o negócio poderá ser nulo, por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto). O objeto deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável; e a forma, ou será livre, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser

conforme a prescrição legal. Quanto às *circunstâncias negociais*, não têm requisitos exclusivamente seus, já que elas são o elemento caracterizador da essência do próprio negócio, são aquele *quid* que qualifica uma manifestação, transformando-a em declaração.

Quanto aos elementos gerais extrínsecos, temos que: a) o agente deverá ser capaz e, em geral, legitimado para o negócio; b) o tempo, se o ordenamento impuser que o negócio se faça em um determinado momento, quer essa determinação seja em termos absolutos, quer seja em termos relativos (isto é, por relação a outro ato ou fato), deverá ser o tempo útil; e c) o lugar, se, excepcionalmente, tiver algum requisito, há de ser o lugar apropriado” (idem, p. 42-43).

Finalmente,

“[o] terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia própria* ou *típica*, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos”

(...)

De fato, muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra *fatores* como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado.

São, por exemplo, casos de negócios, que precisam de fatores de eficácia, os atos subordinados a condição suspensiva. Enquanto não ocorre o advento do evento, o negócio, se tiver preenchido todos os requisitos, é válido, mas não produz efeitos; certamente, a condição como cláusula faz parte (é elemento) do negócio, mas uma coisa é a cláusula e outra o evento a que ela faz referência; o advento do evento futuro é,

nesse caso, um fator de eficácia (é extrínseco ao ato e contribui para a produção dos efeitos).

(...)

Dados esses exemplos, passamos a apresentar uma classificação dos fatores de eficácia. Três nos parecem ser as espécies de fatores de eficácia: a) *os fatores de atribuição da eficácia em geral*, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz; é o que ocorre no primeiro exemplo citado (ato sob condição suspensiva), em que, durante a ineficácia, poderá haver a possibilidade de medidas cautelares, mas, quanto aos efeitos do negócio, nem se produzem os efeitos diretamente visados, nem outros, substitutivos daqueles; b) *os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; quer dizer, antes do advento do fator de atribuição da eficácia diretamente visada o negócio produz efeitos, mas não os efeitos normais; os efeitos, até a ocorrência do fator de eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato; é o que ocorre no segundo exemplo citado, em que o negócio, realizado entre o mandatário sem poderes e o terceiro, produz, entre eles, seus efeitos, que, porém, não são os efeitos diretamente visados; c) *os fatores de atribuição de eficácia mais extensa*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes*; é o que ocorre no terceiro e último exemplo dado (cessão de crédito notificada ao devedor e registrada) - **Antônio Junqueira de Azevedo**. *op. cit.*, p. 49-61.

Embora essa doutrina se refira ao negócio jurídico privado, sua lição é inteiramente aplicável ao negócio jurídico processual da colaboração premiada.

Segundo **Orlando Gomes**,

“para a formação de um contrato, são necessárias duas ou mais declarações de vontade que se integram. É preciso, numa palavra, o *acordo*.

(...)

A declaração feita em primeiro lugar, visando a suscitar a formação do contrato, chama-se *proposta* ou *oferta*. Aquele que a emite, tomando a iniciativa do contrato, é denominado *proponente* ou *policitante*. A declaração que se lhe segue, indo-lhe ao encontro para com a primeira se harmonizar, denomina-se *aceitação*. Àquele que a faz se designa *aceitante* ou *oblato*” (*Contratos*. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1959. p. 64-65).

Enquanto “a proposta é uma declaração de vontade dirigida a alguém com quem se quer contratar”, “a aceitação é a palavra afirmativa a uma *proposta* de contrato”, em que “o *aceitante* integra a sua vontade na do *proponente*, emitindo uma *declaração* ou realizando atos que a exteriorizam (...)” (**Orlando Gomes**, op. cit., p. 64-70).

No caso da colaboração premiada, uma vez aceita por uma das partes a proposta formulada pela outra, forma-se o acordo de colaboração, que, ao ser formalizado por escrito, passa a existir (plano da existência).

Não se confundem, assim, “proposta” e “acordo”, tanto que a “proposta” é retratável, nos termos do art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, mas não o acordo. Se o colaborador não mais quiser cumprir seus termos, não se cuidará de retratação, mas de simples **inexecução de um negócio jurídico perfeito**.

O art. 6º, da Lei nº 12.850/13 estabelece os **elementos de existência** do acordo de colaboração premiada. Esse acordo deverá ser feito por **escrito** e conter: **i)** o relato da colaboração e seus possíveis resultados; **ii)** as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; **iii)** a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e **iv)** as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.

Por sua vez, “a especificação das medidas de proteção ao

colaborador e à sua família”, prevista no inciso V do referido dispositivo legal, afigura-se um elemento particular eventual, uma vez que o acordo somente disporá sobre tais medidas “quando necessário”.

Quanto ao plano subsequente da validade, o acordo de colaboração somente será válido se: **i)** a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e **ii)** o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável.

Nesse sentido, aliás, o art. 4º, **caput** e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13 exige, como requisitos de validade do acordo de colaboração, a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos seus termos.

Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade **psíquica** do agente, e não a sua liberdade de **locomção**.

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

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

Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiaias por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia.

Para **Celso Antônio Bandeira de Mello**,

“o ponto nodular para o exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele” (**Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37).

Em suas palavras, para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:

“a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte numa diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público” (op. cit., p. 41).

Ora, não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (critério de *discrimen*) e a vedação ao acordo de colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a liberdade psíquica do imputado, vale dizer, a ausência de coação, esteja ele ou não solto.

Tanto isso é verdade que, mesmo que esteja preso por força de sentença condenatória, o imputado poderá formalizar, após seu trânsito em julgado, um acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13)

De toda sorte, a liberdade de escolha do imputado merece reflexão maior, notadamente quando se imbrica com o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF).

De acordo com **Maria Elizabeth Queijo**, a expressão **nemo tenetur se detegere** significa que ninguém é obrigado a se descobrir, equivalente à máxima latina **nemo tenetur se accusare** (ninguém é obrigado a se acusar), a qual, no direito anglo-americano, traduz-se no **privilege against self-incrimination (O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4).

O reconhecimento do privilégio contra a autoincriminação se funda no instinto ou dever natural de autopreservação (**João Cláudio Couceiro**.

A garantia constitucional do direito ao silêncio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25).

Representa, ainda, o respeito à dignidade da pessoa humana no processo penal e a vedação da produção de provas que impliquem violação de direitos do imputado, numa limitação à busca da verdade (**Maria Elizabeth Queijo. op. cit., p. 45).**

Por ser um direito fundamental constitucionalmente assegurado, **seu exercício jamais poderá produzir qualquer efeito desfavorável ao imputado**, razão por que não se limita à mera vedação a que, na valoração da prova, importe confissão ou seja interpretado em prejuízo da defesa (art. 186 e seu parágrafo único, CPP).

Assim, é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou a confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal (**Odone Sanguiné. Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 248-249. **Cristina Guerra Pérez. La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico.** Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p.162. **Andrey Borges de Mendonça. Prisão e outras medidas cautelares pessoais.** São Paulo: Método, 2011. p. 277-280).

Como assevera **Vittorio Grevi**, em nenhuma hipótese o exercício do direito ao silêncio pode ser colocado como fundamento, no terreno do **periculum libertatis**, de uma medida cautelar pessoal, que jamais pode ser adotada com o fim de induzir o imputado a colaborar com a autoridade judiciária (Compendio di procedura penale. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). 6. ed. Pádua: CEDAM, 2012. p. 394-395 e p. 401-403).⁷

⁷ O art. 274, 1, a, do Código de Processo Penal italiano expressamente determina que **o periculum libertatis não pode ser individualizado na recusa do imputado em prestar declarações ou em admitir as imputações**. Por essa razão, Grevi assevera “(...) *che in nessun caso l’esercizio del diritto al silenzio, da parte dell’imputato, possa essere posto a fondamento, sul terreno del periculum libertatis,*

Nesses casos, embora constitucional a norma em abstrato, na apontada incidência ela produziu um resultado inconstitucional (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 347, nota de rodapé nº 6).

Essa questão não é cerebrina, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ilegitimidade constitucional de prisão preventiva cuja razão preponderante tenha sido a recusa da imputada, no exercício do direito ao silêncio, em responder ao interrogatório judicial a que submetida (HC nº 99.289/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 4/8/11).

O Supremo Tribunal Federal também decidiu que carece de legitimidade constitucional, por manifesta ofensa ao privilégio contra a autoincriminação, a decretação da prisão temporária ou preventiva do imputado por seu não comparecimento à delegacia de polícia para prestar depoimento (HC nº 89.503/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJ de 8/6/07) ou “por falta de interesse em colaborar com a Justiça”, supostamente evidenciada pelo fato de os réus “haverem respondido às perguntas de seus interrogatórios de forma desdenhosa e evasiva, mesmo sabedores de que tais versões não encontram guarida no caderno investigatório” (HC nº 79.781/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 9/6/2000).

E não é só.

Ainda que, explicitamente, não seja essa a motivação da decisão, caso se constate, inclusive pela forma de atuação extraprocessual do juiz ou dos órgãos da persecução penal, que o verdadeiro objetivo da prisão cautelar é forçar a colaboração do imputado, sua inconstitucionalidade será patente, uma vez que é vedada a utilização da decretação ou da manutenção da prisão cautelar como instrumento de barganha com o imputado, no intuito de coagi-lo a colaborar (**Rodrigo Capez**. *op. cit.* p. 289).

di una misura cautelare disposta a suo carico e, quindi, a maggior ragione, che nessuna misura cautelare (a cominciare da quella carceraria) possa venire legittimamente adottata allo scopo di indurre l'imputato stesso a collaborare con l'autorità giudiziaria”.

HC 127483 / PR

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal, no HC nº 127.186/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 3/8/15, assentou que

“(…) seria extrema arbitrariedade – que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça – manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, *caput* e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada”.

Finalmente, superados os planos da existência e da validade, chega-se ao **plano da eficácia**: o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).

Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).

Para Cândido Rangel Dinamarco,

“Homologar significa *agregar a um ato realizado por outro sujeito a autoridade do sujeito que a homologa*. Ao homologar atos das partes ou dos auxiliares da Justiça, o juiz os *jurisdionaliza* (Pontes de Miranda), outorgando-lhe a eficácia dos que ele próprio teria realizado. A homologação dos atos dispositivos das partes é um invólucro, ou continente, cujo conteúdo substancial é representado pelo negócio jurídico realizado por elas. Ao homologar um ato autocompositivo celebrado entre as partes, o juiz não soluciona questão alguma referente ao **meritum causae**. Limita-se a envolver o ato nas formas de uma

sentença, sendo-lhe absolutamente vedada qualquer verificação da *conveniência* dos negócios celebrados e muito menos avaliar as oportunidades de vitória porventura desperdiçadas por uma das partes ao negociar. ‘Essas atividades das partes constituem um limite ao poder do juiz, no sentido de que trazem em si o conteúdo de sua sentença’ (Chiovenda). Se o ato estiver formalmente perfeito e a vontade das partes manifestada de modo regular, é dever do juiz resignar-se e homologar o ato de disposição do direito, ainda quando contrário à sua opinião” (**Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009. v. III, p. 272-273).

No processo civil, prossegue **Cândido Rangel Dinamarco**, o juiz “procede ao *exame externo* dos atos dispositivos, mediante uma atividade que se chama de *delibação*, cumprindo ao juiz permanecer na periferia do ato das partes, em busca dos requisitos de sua validade e eficácia”.

Assim,

“como a sentença homologatória não influi no conteúdo dos atos negociais das partes – e limita-se a acrescentar-lhes a imperatividade que teria o próprio e verdadeiro julgamento de mérito, é naqueles que se definem os resultados do processo – e não no ato puramente homologador” (op. cit. p. 273-274).

Nessa atividade de delibação, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, **não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores.**

Como bem destacado pelo eminente Ministro **Teori Zavascki** em suas informações:

“(…) o âmbito da cognição judicial na decisão que homologa o acordo de colaboração premiada é limitado ao juízo a respeito da higidez jurídica desse ato original. Não cabe ao

Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas, muito menos investigar ou atestar a veracidade ou não dos fatos contidos em depoimentos prestados pelo colaborador ou das informações trazidas a respeito de delitos por ele revelados. É evidente, assim, que a homologação judicial do acordo não pressupõe e não contém, nem pode conter, juízo algum sobre a verdade dos fatos confessados ou delatados, ou mesmo sobre o grau de confiabilidade atribuível às declarações do colaborador, declarações essas às quais, isoladamente consideradas, a própria lei atribuiu escassa confiança e limitado valor probatório ("Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador", diz o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/2013)".

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

A homologação judicial constitui **simples fator de atribuição de eficácia** do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.

Cabe aqui uma ressalva: se o juiz se limitar a homologar, **in totum**, o acordo, essa decisão deverá ser considerada fator de atribuição de eficácia.

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

Finalmente, 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).

IV) DA IMPOSSIBILIDADE DE O COAUTOR OU PARTÍCIPE DOS CRIMES PRATICADOS PELO COLABORADOR IMPUGNAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO.

Por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

O acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica: **res inter**

alios acta.

A delação premiada, como já tive oportunidade de assentar, é um benefício de natureza personalíssima, cujos efeitos não são extensíveis a corréus (RHC nº 124.192/PR, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 8/4/15)

Esse negócio jurídico processual tem por finalidade precípua a aplicação da sanção premial ao colaborador, com base nos resultados concretos que trazer para a investigação e o processo criminal.

Assim, a homologação do acordo de colaboração, **por si só**, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que **não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la**, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas - o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração.

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

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

Corroborando essa assertiva, ainda que o colaborador, por descumprir alguma condição do acordo, não faça jus a qualquer sanção premial por ocasião da sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13), suas

declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa.

Por sua vez, o fato de o art. 4º, § 9º, da Lei nº 12.850/13 prever que “depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações” não significa, como pretendem fazer crer os impetrantes nas razões do agravo regimental interposto, que suas declarações somente poderão ser tomadas após a decisão homologatória.

Significa apenas que, após a homologação do acordo, os depoimentos do colaborador se sujeitarão ao **regime jurídico** instituído pelo referido diploma legal.

A toda evidência, subsistem válidos os depoimentos anteriormente prestados pelo colaborador, que poderão, oportunamente, ser confrontados e valorados pelas partes e pelo juízo.

Em suma, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados terão legitimidade para confrontar, em juízo, as afirmações sobre fatos relevantes feitas pelo colaborador e as provas por ele indicadas, bem como para impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor com base naquelas declarações e provas, inclusive sustentando sua inidoneidade para servir de plataforma indiciária para a decretação daquelas medidas - mas não, repita-se, para impugnar os termos do acordo de colaboração feito por terceiro.

Outrossim, **negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses.**

A uma porque a própria Lei nº 12.850/13 estabelece que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16).

A duas porque, como já exposto, será assegurado ao delatado, pelo contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações do

colaborador e as provas com base nela obtidas.

Na lapidar síntese de **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, “o contraditório é, pois, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los” (**A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: [s.n], 1937, item 81, p. 110).

O contraditório se expressa no binômio “informação necessária + reação possível”, ressaltando-se que “esse segundo aspecto de mera oportunidade ou possibilidade de reação toma nuances diversas em todos os processos em que se controverta em torno de uma relação jurídica indisponível, como é o caso do processo penal”. No processo penal, dado o risco de grave intervenção no direito fundamental à liberdade, a reação não pode ser meramente possível. O contraditório ‘há de ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual’ (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo*. In:_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18).

Note-se que, na arguta observação de **Ada Pellegrini Grinover**, o objetivo principal da garantia do contraditório não é a defesa, no sentido negativo de mera oposição ou resistência, mas sim a influência, tomada “como direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo” (*op. cit.*, p. 19).

Não basta, portanto, a mera ciência, sem a possibilidade de reação, sob pena de tornar-se inócua a garantia do contraditório.

Ada Pellegrini Grinover, ressaltando a importância do contraditório como participação das partes no momento da produção das provas, por se tratar “das atividades dirigidas à constituição do material probatório que vai ser utilizado pelo órgão jurisdicional na formação de seu convencimento”, invoca a lição de Barbosa Moreira:

“A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que a ambas as partes hão de conceder iguais oportunidades de *pleitear* a produção de provas. (...) Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão jurisdicional. Também

significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados’.

(...)

Eis assim o direito à prova, caracterizado como aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório” (Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 20-21).

Prossegue **Ada Pellegrini**:

“É inegável que a *palavra de um acusado, com relação aos demais, é testemunho*. Testemunho e, conseqüentemente, meio de prova; e prova alguma pode ser colhida senão sob o pálio do contraditório. Não pode o corréu confessar pelo outro, não havendo possibilidade de dar efeitos de solidariedade a tal confissão. Ademais, grandes são os perigos da indevida incriminação de outra pessoa pelo imputado, ‘pois pode muito bem acontecer que um acusado, vendo-se perdido diante de provas contra ele colhidas, procure arrastar consigo desafetos ou inimigos seus’ (Magalhães Noronha, Curso de direito processual penal, São Paulo, 1976, p. 102).

Por isso, pergunta Aduino Suannes, em trabalho específico sobre a matéria:

‘Assegurando a Constituição Federal ampla defesa (da qual não se pode excluir o princípio do contraditório), como poderá o contraditório tornar-se efetivo, se não se permite a presença de um corréu ao interrogatório do réu que o acusa? Como falar-se em estar sendo obedecido o princípio, se ao defensor do corréu imputado não se permite, através de reperguntas, procurar mostrar que o imputado está mentindo’ (O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16 da Constituição federal – tese aprovada por unanimidade no VI Encontro Nacional de Tribunais de Alçada ; in *Rev. tribs.*, v. 572, p. 289)” (Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 25-26).

Por essa razão, **Gustavo Badaró** e **Pierpaolo Cruz Bottini**, embora cuidando da delação premiada prevista no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, (Lavagem de Dinheiro), afirmam que as declarações do delator, para serem consideradas meios de prova, deverão encontrar amparo em outros elementos de prova existentes nos autos que corroborem seu conteúdo, bem como, caso tenham sido prestadas na fase extrajudicial ou em procedimento criminal diverso, **deverão ser confirmadas em juízo, assegurando-se ao delatado o contraditório (Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 174-175, grifo nosso).**

A propósito, **Gustavo dos Reis Gazzola**, ao tratar do direito de o delatado contrastar as informações prestadas pelo colaborador, aduz que a delação premiada no curso do processo pode gerar duas situações:

“Primeira, o delatado é corréu no processo. Deve, portanto, o delatado, por meio de advogado, poder contrastar as informações prestadas pelo delator no curso da própria relação processual, o que se dará pela possibilidade de perguntas, quer em audiência de interrogatório, quer em audiência designada para essa finalidade.

Segunda, o delatado não é corréu no processo. A delação será objeto de contraditório no processo a que eventualmente estiver respondendo o delatado, ou no mesmo em que se deu a delação, caso haja aditamento da denúncia (...)” (Delação premiada. *In: Limites constitucionais da investigação*. Coord. Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.180).

Também **Frederico Valdez Pereira** assenta a indispensabilidade de se assegurar aos delatados pelo colaborador o direito de confrontar em juízo o arrependido, com o intuito de retirar ou abalar a credibilidade de suas declarações, aduzindo que o exercício desse direito representa

“(...) verdadeiro método indireto de controle da atuação dos órgãos de persecução no momento prévio de se definir por embasar a estratégia investigativa e de imputação em pretensos colaboradores, pois deverão então considerar, antecipadamente, o exame a que serão submetidos na fase judicial os declarantes, limitando-se, desse modo, a favorecer apenas sujeitos que pareçam fiáveis e constantes na opção colaborativa.

(...) portanto, acaso se pretenda utilizar as informações advindas da delação para sustentar um juízo condenatório, ostentando a condição de meio de prova, é indispensável submeter o agente colaborador ao contraditório em juízo” (op. cit., p. 146-147).

Neste particular, o art. 4º, § 12, da Lei nº 12.850/13 determina 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”.

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 8º, inciso 2, f, estabelece, como garantia judicial, “o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

Não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim.

Assegura-se, dessa forma, a “paridade de armas” entre o delatado e o órgão acusador, entendida como “o indispensável *equilíbrio* que deve existir entre as oportunidades concedidas às partes para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36).

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento

de que aos litisconsortes penais passivos deve ser assegurado o direito de formular reperguntas aos corréus no respectivo interrogatório judicial (HC nº 94.016/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 27/2/09; HC nº 111.567-AM-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 30/10/14; HC nº 116.132/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 3/10/13; HC nº 101.648/ES, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 9/2/11; HC nº 93.607/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 11/6/10; HC nº 115.714/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 23/2/15).

No direito comparado, destaco que, nos Estados Unidos da América e na Itália, o direito a confrontar declarações incriminadoras de coimputado tem estatura constitucional.

Nos Estados Unidos da América, a Sexta Emenda estabelece que, em todas as persecuções criminais, o acusado terá o direito de ser confrontado com as testemunhas de acusação e de convocar testemunhas a seu favor (**In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor (...)**).

A Suprema Corte americana, nos precedentes **Lilly v. Virginia** (98-5881) 527 U.S. 116 (1999) e **Washington v. Texas**, 388 U.S. 14, 87 s. ct. 1920, 18 l. ed. 2D 1019 (1967), reconheceu ao corréu o direito a confrontar em juízo, mediante exame cruzado, as declarações incriminatórias de coautor ou partícipe do crime.

Para **João Gualberto Garcez Ramos**,

“esse princípio da confrontação estabelece que é um direito do imputado o de confrontar ou ser confrontado com as testemunhas arroladas pela acusação. Evidente que não se trata de um direito de conteúdo meramente formal, mas garante ao imputado o direito de contestar a real condição da testemunha, sua identidade, seus motivos, suas versões” (**Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 147).

Na Itália, o art. 111, § 4º, da Constituição prevê o princípio do contraditório na formação da prova e determina que “a culpabilidade do imputado não pode ser provada com base em declarações feitas por quem, de livre escolha, se subtraia voluntariamente ao exame da parte pelo imputado e seu defensor” (**Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore**).⁸

Já o art. 111, § 3º, da Constituição italiana assegura ao acusado a faculdade de inquirir ou fazer inquirir, perante o juiz, a pessoa que presta declarações em seu desfavor, de obter a convocação e a inquirição de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e de produzir qualquer outro meio de prova a seu favor (**“la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore”**).

Como observa **Paolo Tonini**, essa norma se refere a

“‘pessoas’ que prestam declarações acusatórias, e não a testemunhas, ressaltando que ‘a diversidade terminológica foi necessária, pois a palavra ‘testemunhas’, em seu significado técnico, não compreende, por exemplo, o declarante que tem a qualidade de acusado’” (**A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25).

Por sua vez, o Código de Processo Penal italiano impõe seja feito um

⁸ Essa norma foi transposta para o art. 526, parágrafo 1º-bis, do Código de Processo italiano, que trata das provas utilizáveis na sentença.

confronto das declarações prestadas pelo corréu, pelo acusado conexo e pela testemunha assistida (arts. 211 e 212), bem como que **as declarações prestadas pelo corréu no mesmo delito e pelo acusado de um procedimento conexo ou coligado probatoriamente** (art. 371, parágrafo 2º, letra b) **sejam valoradas conjuntamente com outros elementos de prova que confirmem sua credibilidade** (art. 192, § 3º) independentemente de os respectivos procedimentos estarem reunidos ou separados.⁹

Segundo Paolo Tonini,

9 Não cabe, aqui, adentrar na complexa disciplina processual penal italiana, relativamente: *i*) às declarações do imputado no próprio procedimento a que responde (art. 208, CPP), o qual pode assumir, se prestar declarações sobre a responsabilidade de terceiros, a condição de testemunha (art. 64, incisos 3 e 3-bis, CPP); *ii*) às declarações de imputados que concorreram para o mesmo crime (arts. 12, inciso 1, a, e 197, a, CPP); *iii*) às declarações de imputados conexos teleologicamente ou coligados, definindo-se como tais os imputados que têm, em relação ao procedimento principal, uma relação de conexão (art. 12, inciso 1, c, CPP) ou de coligação probatória (art. 371, inciso 2, b, CPP), prescindindo-se da circunstância de os respectivos procedimentos estarem reunidos ou separados; *iv*) ao testemunho assistido, sobre fatos pertinentes à responsabilidade de terceiros, do imputado coligado ou conexo teleologicamente antes da sentença irrevogável no procedimento contra ele movido (art. 197-bis, inciso 2, CPP); *v*) ao testemunho assistido do imputado coligado ou conexo teleologicamente que já tenha sido julgado (art. 197-bis, inciso 1, CPP); e *vi*) às declarações do colaborador da justiça ("*collaboratore di giustizia*"), que poderá ser ouvido como testemunha assistida, com a obrigação de dizer a verdade sobre fato alheio (Decreto-lei nº 8/1991, convertido na Lei nº 82/1991, com as alterações da Lei n. 45/2001). A esse respeito, confira-se: GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**. 6. ed. Pádua: CEDAM, 2012. p. 332-335. TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 14. ed. Milão : Giuffrè Editore, 2013. p. 303-329.

“confronto’ significa geralmente o controle da idoneidade de uma declaração. Nesse sentido, todas as declarações prestadas no curso do procedimento penal devem ser submetidas a um confronto. Trata-se de verificar se os fatos afirmados pelo declarante encontram confirmação nos outros elementos de prova constantes dos autos; isso faz parte do dever de motivação imposto ao juiz, Na verdade, nos termos do art. 192, inciso I, CPP, o juiz deve valorar a prova, especificando na motivação os resultados obtidos e os critérios adotados.

(...)

O dever de confronto é expressamente estabelecido pelo Código como condição para utilizar as declarações prestadas pelo corréu no mesmo delito e pelo acusado de um procedimento conexo ou coligado probatoriamente (art. 371, inciso 2, letra *b*, do CPP), independentemente de os relativos procedimentos estarem reunidos ou separados. O mesmo dever de confronto é disposto para as duas figuras de testemunha assistida (art. 197-*bis*, inciso 6, do CPP). **O CPP estabelece (art. 192, inciso 3) que as declarações são valoradas conjuntamente com outros elementos de prova que confirmem sua idoneidade. A particularidade de tal regime jurídico consiste no fato de as declarações serem valoradas ‘conjuntamente’. O Código prevê uma proibição de utilização caso não existam *outros* elementos que confirmem a idoneidade das declarações, vale dizer, a falta de confronto acarreta a inutilizabilidade das declarações nos termos do art. 191” (A prova no processo penal italiano. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 178, grifei).**

Essa sanção processual da inutilizabilidade não atinge o ato em si, que subsiste válido do ponto de vista formal, **mas tão somente seu valor probatório**, constituindo um limite ao livre convencimento do juiz,

“uma espécie de ‘prova legal negativa’ no sentido de que o

legislador exclui algum elemento de prova do material que é utilizável pelo juiz para tomar uma decisão e motivá-la” (TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 14. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013. p. 209-213).

De acordo com **Vittorio Grevi**, a norma do art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal italiano¹⁰ estabelece uma espécie de presunção relativa de falta de fidedignidade das declarações incriminadoras feitas por coimputado, exigindo-se sua valoração conjunta com outros elementos probatórios idôneos a comprovar sua credibilidade. Trata-se de uma exigência de **confronto probatório extrínseco** (“riscontro probatorio extrínseco”) em relação à chamada de corréu (“chiamata in correità”) - **Compendio di procedura penale**. *Op. cit.*, p. 324.

A seu ver, essa escolha normativa tem o mérito de impor ao juiz um trabalho de verificação, tendo em vista a necessidade de corroboração de declarações particularmente delicadas em razão de sua origem, a fim de que, na ausência dos imprescindíveis elementos de suporte, elas não sejam utilizadas na decisão final. Por outro lado, ao prever que as declarações do coimputado não sejam consideradas elementos probatórios **ex lege** inutilizáveis, essa opção normativa evita o risco de exclusão apriorística de provas que a experiência demonstra serem preciosa fonte para o conhecimento dos fatos.

Tudo dependerá, para **Vittorio Grevi**, do êxito do juiz em demonstrar, na motivação, a suficiência e a aptidão desses outros elementos probatórios para corroborar a delação feita por coimputado. Uma motivação que, naturalmente, estará suscetível a censura em grau de recurso, seja no caso em que suas declarações sejam utilizadas como prova, não obstante a ausência de elementos que a corroborem, seja no caso oposto em que não venham a ser utilizadas, apesar de existirem

10 Art. 193, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal italiano: “*Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell’articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità*”.

elementos probatórios potencialmente idôneos a conferir a elas credibilidade (**Compendio di procedura penale**. *Op. cit.*, p. 323-325).

Neste particular, o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13, ao prever que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, inspira-se nitidamente no citado art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal italiano, que não exclui a utilizabilidade probatória das declarações feitas por coimputado sobre a responsabilidade alheia, mas, ao impor sua valoração conjunta com outros elementos que confirmem sua credibilidade (“**attendibilità**”), subordina sua utilização à necessidade de corroboração por elementos externos de verificação (GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**. 6. ed. p. 323-324).

Essa exigência de “corroboração para as declarações heteroinculpatórias do imputado”, nas palavras de **Perfecto Andrés Ibáñez**, é frequente na prática jurisdicional. A seu ver,

“[c]orroborar, para o que aqui interessa, é dar força a uma afirmação inculpatória de fonte testemunhal com dados probatórios de outra procedência. Onde força é qualidade de convicção (...)”

Assim, corroborar, aqui, é reforçar o valor probatório da afirmação de uma testemunha relativa ao fato principal da causa, mediante a aportação de dados de um fonte distinta, referidos não diretamente a esse fato, mas a alguma circunstância que com ele guarda relação, cuja constatação confirmaria a veracidade do declarado pela primeiro” (**Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 124-125).

Importante salientar que, para fins de corroboração das “declarações heteroinculpatórias” do agente colaborador, não são suficientes, **por si só**, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador.

Nesse ponto, penso não assistir razão a **Vittorio Grevi**, para quem nada obsta que os elementos de prova que confirmem uma delação

possam ser representados por declarações de um diverso coimputado (“Con riguardo al quale nulla vieta che i predetti elementi di prova possano essere rappresentati anche da dichiarazioni di un diverso coimputato, seppure acquisite soltanto mediante contestazione, ovvero mediante lettura, in sede dibattimentale” - Op. cit. p. 325).

Como anota **Gustavo Badaró**,

“A lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação. Em princípio, portanto, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas...

Mas uma questão interessante é se serão suficientes para justificar uma condenação duas ou mais delações com conteúdos concordes. É o que se denomina *mutual corroboration* ou corroboração cruzada. Ou seja, o conteúdo da delação do corréu A, imputando um fato criminoso ao corréu B, ser corroborado por outra delação, do corréu C, que igualmente atribua o mesmo fato criminoso a B.

Cabe observar que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada ‘impura’, o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho.

Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade?

Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste,

como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas” (O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. **Revista Jurídica Consulex**, n. 443, fevereiro 2015, p. 26-29, grifo nosso).

V) DA PERSONALIDADE DO COLABORADOR E DO DESCUMPRIMENTO DE ANTERIOR ACORDO DE COLABORAÇÃO.

O art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, prevê que, “em qualquer caso, a concessão do benefício 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”.

Esse dispositivo não erigiu a avaliação da personalidade do colaborador em requisito de validade do acordo de colaboração.

Dado o próprio conceito legal de associação criminosa, previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, (“considera-se associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”), é natural que seus integrantes, em tese, possam apresentar uma personalidade desajustada ao convívio social, voltada à prática de crimes graves.

O instituto da colaboração premiada, aliás, seria inócuo ou encontraria rara aplicação caso fosse voltado apenas a agentes de perfil psicológico favorável.

Estivesse a possibilidade de colaboração processual subordinada à personalidade favorável do agente, jamais se teria obtido, na Itália, a colaboração de inúmeros **pentiti** (arrepentidos) da **Cosa Nostra**, **comprometidos até a medula com o crime organizado**, como Tommaso Buscetta, Leonardo Messina, Salvatore Contorno, Antonino Calderone e

Francesco Marino Mannoia (o melhor químico da máfia, responsável pelo refino de toneladas de heroína para diversas **famiglie**), que desvenderam sua estrutura e forma de atuação para o juízes Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, “de todos os pontos de vista possíveis” (**Coisas da Cosa Nostra**: a máfia vista por seu pior inimigo. Giovanni Falcone; com Marcelle Padovani. Rio de Janeiro, Rocco, 2012. p. 77).

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

Dispõe o art. 4º da Lei nº 12.850/13:

“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:

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

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

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

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

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

O parágrafo primeiro desse dispositivo determina que, “em qualquer caso, a concessão do **benefício** 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”.

Esse parágrafo em momento algum estabelece **requisitos** para o acordo de colaboração, pois o art. 4º, *caput*, não dispõe sobre o acordo de colaboração, mas sim sobre a sanção premial a ser atribuída ao colaborador.

Nesse sentido, aliás, o art. 13, parágrafo único, da Lei nº 9.807/99, ao tratar da proteção aos réus colaboradores, de forma mais explícita prevê que “a **concessão do perdão judicial** levará em conta a **personalidade** do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”.

Logo, o “benefício” a que alude o art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, não é o acordo de colaboração propriamente dito, mas sim a sanção premial outorgada em consequências da efetividade da colaboração: perdão judicial, redução de pena ou substituição por restritiva de direitos.

Tanto isso é verdade que o art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/13 se refere à “eficácia da colaboração” para a concessão e modulação da sanção premial. E, por óbvio, a **eficácia** da colaboração jamais poderia ser avaliada **ex ante**, mas somente **ex post**, ou seja, após a homologação do acordo e a efetiva cooperação do agente.

Em suma, é equivocado supor-se que a personalidade favorável do agente constitua requisito de validade do acordo de colaboração.

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

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

Tanto isso é verdade que, para a validade do acordo, pouco importa o móvel do agente colaborador.

Como aduz **Alberto Silva Franco**, embora tratando da delação

premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99,

“[a] conduta do delator deve ter relevância, sob o enfoque objetivo e deve ser voluntária, sob o ângulo subjetivo. Pouco importa que tal conduta não tenha sido espontânea. Tem o mesmo significado a cooperação que decorre de um arrependimento efetivo e sincero ou que tenha sido dada por mero cálculo ou que tenha decorrido de um sentimento de vingança. Não interessa, para efeito da delação premiada, a motivação do delator (...)” (**Crimes hediondos**. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 343/343).

Pretender que o Estado deva confiar na pessoa do delator, além da indesejável subjetividade que permearia esse juízo de valor, contrariaria a própria essência do instituto da colaboração premiada, que se volta a integrantes de organização criminosa, **os quais não se qualificam exatamente como cidadãos de ilibada reputação ou paradigmas do *bonus pater familias***.

Irrelevante, nesse contexto, que o juízo da 13. Vara Federal Criminal de Curitiba, na sentença condenatória proferida nos autos da ação penal nº 5035707-53.2014.404.7000/PR, tenha valorado negativamente a personalidade do colaborador Alberto Youssef, “por reconhecer seu profundo envolvimento na atividade criminal”, bem como que o tenha qualificado como “um criminoso profissional”, que “[t]eve sua grande chance de abandonar o mundo do crime com o acordo de colaboração premiada, mas a desperdiçou, como indicam os fatos que levaram à rescisão do acordo” (anexo 8, fl. 34).

Irrelevante, também, que Alberto Youssef tenha descumprido anterior acordo de colaboração homologado por aquele juízo federal, uma vez que esse inadimplemento cingiu-se àquele negócio jurídico processual, sem o condão de contaminar, **a priori**, futuros acordos de mesma natureza.

Como destacado pelo Procurador-Geral da República em sua manifestação no agravo regimental,

“(…) muito embora tenha voltado a praticar crimes, situação que expõe, de fato, sua personalidade voltada ao delito, não há impeditivo algum na legislação para que ele voltasse a colaborar na apuração desses novos crimes. Em verdade, essa circunstância foi considerada exatamente para limitar os benefícios que teria se não tivesse cometido outros fatos anteriormente”.

VI) DA POSSIBILIDADE DE O ACORDO DE COLABORAÇÃO DISPOR SOBRE OS EFEITOS EXTRAPENAIIS DE NATUREZA PATRIMONIAL DA CONDENAÇÃO.

Aduzem os impetrantes que o acordo de colaboração de Alberto Youssef prevê a liberação de imóveis de vultoso valor à sua ex-mulher e filhas, adquiridos com os proventos da infração e ocultados por meio de lavagem de dinheiro. Sustentam que, “ao liberar bens que, em tese, poderiam ser objeto de reparação do dano civil por parte da Petrobrás, o acordo violou a preferência legal do ofendido na recuperação de ativos, prevista no art. 125 do Código de Processo Penal; art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.615/98; art. 57 do Decreto nº 5.687/2006 (Convenção de Mérida) e art. 12 do Decreto nº 5.015/2004 (Convenção de Palermo)”.

Ocorre que as cláusulas em questão não repercutem, nem sequer remotamente, na esfera jurídica do ora paciente, que não tem, portanto, interesse jurídico para impugná-las e nem legitimidade para postular em nome da União, como beneficiária de eventual confisco, ou da Petrobrás.

Ainda que assim não fosse, reputo válidas as cláusulas do acordo de colaboração que dispõem sobre a transmissão, a suas filhas e ex-mulher, de dois imóveis do agente colaborador.

Quanto a esse aspecto, **Frederico Valdez Pereira** observa que

“[o]utra questão é se o MP pode incluir nas concessões ao agente cooperante efeitos econômicos que decorreriam da condenação, como a perda de bens e valores que constituam

proveito auferido com a prática do delito. Nessa situação, a solução é um pouco mais complexa do que poderia sugerir um raciocínio embasado na lógica simplista de 'quem pode o mais, pode o menos', pois a relação entre sanções penais e civis é de qualidade, e não de quantidade; trata-se de instâncias autônomas que se comunicam nos limites regulados pela legislação. No caso do Brasil, os diplomas legais que tratam de benefícios no âmbito da apenação aos *pentiti* não preveem que possam englobar efeitos civis econômico-financeiros, e já foi dito no capítulo inicial que, à diferença do sistema estadunidense do *plea bargaining*, não existe inserção de livre juízo discricionário por parte dos órgãos de persecução penal no que tange aos arrependidos; somente a lei pode disciplinar natureza e extensão das medidas premiais, retirando, deste modo, alguma ampla discricionariedade dos órgãos repressivos, e mesmo jurisdicionais, quanto à sanção a ser aplicada.

Com efeito, pode admitir-se alguma espécie de concessão no campo patrimonial apenas na hipótese de atribuição do perdão judicial, tendo em vista a natureza da sentença concessiva de extinção da punibilidade com base no inc. IX do art. 107 do CP. Embora permaneça algum dissenso na doutrina, prevalece o entendimento de que, pelo perdão judicial, o acusado não é considerado condenado, havendo sim, decisão declaratória de extinção da punibilidade, sem qualquer efeito condenatório, portanto não haveria que se cogitar da incidência do art. 92, inc. II, b, do Código Penal, como ocorre nos casos de mera redução da penalidade aplicada, e o órgão do MP poderia incluir um benefício ao colaborador consistente na utilização do proveito auferido pela prática do crime; de qualquer modo, a decisão não vincularia o juízo civil em eventual ação para o ressarcimento ou restituição desses bens ou valores" (pp. 140-141).

Penso, todavia, que o acordo de colaboração pode dispor sobre questões patrimoniais relacionadas ao proveito auferido pelo colaborador

com a prática dos crimes a ele imputados.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 231/03 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, expressamente admite que os seus signatários adotem “as medidas adequadas” para que integrantes de organizações criminosas colaborem para o desvendamento de sua estrutura e a identificação de coautores e partícipes:

Artigo 26. Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei.

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente:

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

Também a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 348/05 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, estabelece, em seu art. 37.2, que

“[c]ada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a **mitigação de pena** de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção” .

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

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

Aliás, se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por

restritiva de direitos), **a fortiori**, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (art. 91, II, “b”, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98).

Mais: o art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13 prevê que

“[o] Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I) não for o líder da organização criminosa;

II) for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo”.

Dessa feita, se a colaboração frutífera também pode conduzir ao não oferecimento da denúncia e, por via de consequência, à impossibilidade de perda patrimonial como **efeito da condenação**, parece-me plausível que determinados bens do colaborador possam ser imunizados contra esse efeito no acordo de colaboração, no caso de uma sentença condenatória.

Registre-se que, nos termos do art. 5º, I, da Lei nº 12.850/13, é direito do colaborador “usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica”.

Neste particular, dispõe o art. 7º da Lei nº 9.807/99:

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de

depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

Ora, se um dos objetivos do programa de proteção é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, possibilitar-se que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação.

Em suma, não soa desarrazoado que o Estado-Administração, representado pelo titular da ação penal pública, possa dispor, no acordo de colaboração, sobre questões de natureza patrimonial, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé.

Ademais, essa cláusula patrimonial somente produzirá efeitos se o agente colaborador cumprir **integralmente** a obrigação por ele assumida no acordo, quando então terá direito subjetivo à sua aplicação.

VII) DO DIREITO SUBJETIVO DO COLABORADOR À SANÇÃO PREMIAL.

Caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o **direito subjetivo** do colaborador à aplicação das sanções premiaias estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial.

Segundo **José Carlos Vieira de Andrade**,

“o direito subjetivo exprime a soberania jurídica (limitada embora) do indivíduo, quer garantindo-lhe certa liberdade de decisão, quer tornando efetiva a afirmação do ‘poder de querer’ que lhe é atribuído. *Poder* (disponibilidade), *liberdade* (vontade) e *exigibilidade* (efetividade) são, deste modo, elementos básicos para a construção do conceito de direito subjetivo”. (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987, pp. 163-164).

Para **Martin Borowski**, a justiciabilidade, ou seja, a sua exigibilidade judicial, é a nota característica do direito subjetivo (*La estructura de los derechos fundamentales*. trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 40-47 e 119-120).

Assim, caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigir-la judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Como registra **Humberto Ávila**,

“O objeto da segurança jurídica normalmente é qualificado como abrangendo as consequências jurídicas de atos ou de fatos: há segurança jurídica quando o cidadão tem a capacidade de conhecer e de calcular os resultados que serão

atribuídos pelo Direito ao seus atos, Essa é a constatação geral. Como o princípio da segurança jurídica se dirige aos três Poderes, a sua aplicação pode dizer respeito a uma norma geral, legal ou regulamentar, a um ato administrativo ou a uma decisão administrativa ou judicial. Nesse sentido, os ideais de confiabilidade e de calculabilidade, baseados na sua cognoscibilidade, vertem sobre cada um desses objetos” (*Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2012, p. 144).

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

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

José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito, afirma que

“[e]m geral, a **segurança jurídica** está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação

aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* - legislativo, executivo e judicial. O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas” (Direito Constitucional. Coimbra : Almedina, 1998, p. 250, grifo nosso).

Portanto, os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, como legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

No Estado Constitucional de Direito não se pode permitir a atuação da potestade punitiva contra ou fora de suas próprias regras (**Perfecto Andrés Ibáñez**. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires : Hammurabi , 2009, p. 191).

Como observam **Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva**,

“[o] acordo não pode gerar obrigações somente para o acusado colaborador. O Estado também assume obrigações, e uma delas é justamente conceder os prêmios nos moldes do que foi pactuado e devidamente homologado pelo juiz.

Não haveria sentido à homologação se não vinculasse o Poder Judiciário. Aliás, a homologação judicial tem a finalidade

de garantir futuramente o cumprimento do acordo pelo Estado-juíz se alcançar os resultados.

O artigo 4º, *caput* da Lei 12.850/13 reza que o juiz ‘poderá’ conceder um dos prêmios lá previstos, fazendo transparecer que seria faculdade do juiz. Contudo, se o colaborador cumpriu todo o acordo, tendo sua cooperação sido determinante no alcance dos resultados lá previstos, será um dever do magistrado conceder os prêmios.

O juiz está na realidade vinculado ao acordo celebrado se ele [o] homologou. Prova de que o juiz vincula-se ao acordo de colaboração é a redação do artigo 4º, § 1º da Lei nº 12.850/13, que reza que ‘a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia’. Vale dizer, o juiz apenas avaliará os resultados obtidos e os objetivos pretendidos, concedendo os prêmios na exata medida do que foi pactuado.

(...)

Claro que é na ocasião da sentença, após terminada a instrução e obtido o conjunto da prova, que o juiz poderá apurar com maior precisão o requisito da eficácia da colaboração, podendo, então, suprimir, total ou parcialmente, o benefício concedido, de forma justificada, caso, ao final, se comprove que a colaboração não foi eficaz” (*Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador : JUSPODIUM, 2015, pp. 283-284).

Também **Frederico Valdez Pereira** assenta que, tendo o colaborador auxiliado as autoridades, revelando os fatos de que tinha conhecimento, a incidência do benefício estipulado não constitui mero exercício de discricionariedade judicial, mas sim direito subjetivo ao seu recebimento. Para esse autor,

“[o] acordo preliminar homologado judicialmente não importa a concessão antecipada do benefício, mas significa que, preenchidos os seus termos, cumprindo o agente com suas obrigações e ônus assumidos no acerto, passa a ter direito a

tratamento favorável, o que deveria mesmo constar no termo, o qual é condicional, mas vinculado pelo seu conteúdo” (*Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2ª ed. Curitiba : Juruá, 2014, p. 138).

Evidente que “a extensão e profundidade dos elementos revelados pelo agente colaborador deverão influenciar de forma relevante a extensão do benefício ajustado”, mas, para a sua aferição

“(…) haverá de se considerar também o que constou do compromisso prévio firmado entre o órgão da acusação e o colaborador, pois o compromisso serve de referência importante da conduta do colaborador e na definição da dimensão do favor, e **o momento para o juiz recusar ou adequar os termos do acordo e a dimensão do benefício previsto é no momento de sua homologação**, conforme §§ 7º e 8º da Lei 12.850, eventual alteração posterior apenas poderia se fundamentar em descumprimento total ou parcial dos compromissos assumidos pelo colaborador, nos termos do § 11 do mesmo dispositivo; ou ainda com base na previsão do § 2º, de concessão do perdão judicial em consideração à relevância da colaboração prestada, verificada após a definição do acordo originário” (**Frederico Valdez Pereira**, *op. cit.*, p. 140, grifei).

Dessa feita,

“reconhecidos em concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração, servindo os depoimentos do agente para subsidiar a atuação da autoridade policial ou do órgão de acusação no juízo criminal, cumprindo o colaborador com os compromissos assumidos anteriormente, o agente passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício. **Com a renúncia do direito constitucional ao silêncio em benefício da investigação, não há como se afastar a concessão do benefício**, o qual terá a sua dimensão definida no caso concreto, sujeita até mesmo a recurso à instância superior quando houver

insatisfação de uma das partes” (Frederico Valdez Pereira, *op. cit.*, p. 193, grifei).

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que,

“(…) a partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o réu delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no *caput* do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade” (HC nº 99.736/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/5/10).

Ante o exposto, conheço do **habeas corpus** e, no mérito, denego a ordem.

É como voto.