UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS

LUCAS DE BARROS PINO LIMA

COLABORAÇÃO PREMIADA E (IN)SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA

Maceió
2021

LUCAS DE BARROS PINO LIMA

COLABORAÇÃO PREMIADA E (IN)SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA

Dissertação de Mestrado submetida ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), sob a Área de Concentração Fundamentos Constitucionais dos Direitos, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra em Direito.
Linha: Crimes, punições e direitos violados: das normas penais e processuais penais às políticas criminais.

Orientador: Prof. Dr. Rosmar Rodrigues Alencar.

Maceió

2021

Catalogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

L732c Lima, Lucas de Barros Pino.
Colaboração premiada e (in)suficiência probatória / Lucas de Barros Pino Lima. – 2022.
104 f.

Orientador: Rosmar Rodrigues Alencar.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2021.

Bibliografia: f. 96-104.

1. Valor probatório. 2. Colaboração premiada. 3. Nulidade (Direito processual penal). I. Título.

CDU: 343.2

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a todas as pessoas que eu amo, amigos e familiares que de maneira direta ou indireta me fizeram chegar até aqui e não desistir;

Ao meu orientador, pessoa de capacidade intelectual inquestionável e extremamente acessível, me demonstrou durante todo o percurso o tipo de ser humano que eu quero ser;

Aos meus colegas do PPGD/UFAL, notadamente os amigos da linha 4 que sempre buscaram de uma forma ou de outra se preocupar com o meu desempenho nas atividades acadêmicas, o meu muito obrigado, e aos professores que compõem este que para mim é um dos melhores programas de pós graduação do país, o meu singelo agradecimento, e eu humildemente espero que durante o convívio também possa ter contribuído de alguma forma para o crescimento da **nossa** universidade.

“Não sou nada.

Nunca serei nada.

Não posso querer ser nada.

À parte isso tenho em mim todos os sonhos do mundo (...)”

(Álvaro de campos, heterônimo de Fernando Pessoa)

RESUMO

O presente estudo possui como objetivo geral a demonstração do baixo valor probatório que possuem os depoimentos em sede de colaboração premiada no processo penal, uma vez que referido meio de obtenção prova ainda é utilizado como fundamento de diversas decisões contrárias ao sistema de garantias constitucionais. Para tanto fará proposição que almeja colocar o sistema de nulidades processuais penais como cerne para compreensão do instituto, especificando os tipos de vícios ou defeitos jurídicos que possam surgir em todas as etapas de celebração do acordo, e notadamente quando a delação possui valor desproporcional. Impondo como consequência jurídica nulidade absoluta ou inexistência, a depender se a desconformidade do ato se refere a elemento essencial ou estrutural, com a demonstração de cálculo normativo para auxiliar na fundamentação de decisões penais. Com a finalidade de alcançar esses objetivos, será realizada pesquisa qualitativa analisando julgados dos últimos 5 (cinco) anos sobre a matéria nos tribunais superiores, com enfoque à alteração promovida pelo §16º do artigo 4º da lei 12.850/2013, bem como os estudos mais atualizados da doutrina sobre o instituto da delação premiada.

Palavras-chave: Colaboração premiada; Conceito de prova; Meio de obtenção de prova; Inconstitucionalidade da colaboração premiada; Voluntariedade do acordo de colaboração; Sistema de nulidades processuais penais.

ABSTRACT

The present study has as its main objective the demonstration of the low evidential value of testimonies in terms of award-winning collaboration agreement (plea bargaining) in criminal proceedings, since that this means of obtaining evidence is still used as the basis for several decisions contrary to the system of constitutional guarantees. Therefore, it will make a proposal that aims to place the system of criminal procedural nullity as the core for the righteous understanding of the institute, specifying the types of vices or legal defects that may arise in all stages of the conclusion of the agreement, and notably when it has a disproportional value. Imposing as a legal consequence absolute nullity or nonexistence, depending on whether the non-compliance of the act refers to an essential or structural element, with the demonstration of normative calculation to help substantiate criminal decisions. In order to achieve these objectives, qualitative research will be carried out analyzing judgments of the last 5 (five) years on the matter in superior courts, focusing on the change promoted by §16 of article 4 of law 12,850/2013, as well as the most recent studies on the doctrine about the institute of the mentioned agreement.

Key Words: Plea bargaining; Plea bargain; Award-winning collaboration; Concept of evidence; Means of obtaining evidence; Unconstitutionality of award-winning collaboration agreement; Willingness of award-winning collaboration; Null system of criminal proceedings.

Sumário

1 INTRODUÇÃO 7

2 O VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA 11

2.1 Os tribunais superiores e a delação premiada, a relação entre a justa causa e a duração razoável do processo 13

2.2 A nova natureza jurídica da delação e o dever de lealdade processual 18

2.2.1 Colaboração premiada é obrigação de meio ou de fim? 24

2.3 Da desconformidade entre o conceito de prova e a colaboração premiada 28

2.4 Baixa Compatibilidade entre as garantias fundamentais e o acordo em matéria penal 36

2.5 Correlação entre o *standard* probatório e colaboração premiada 38

2.5.1 Verdade e colaboração premiada 39

2.6 Notas finais sobre o capítulo 40

3 CORRELAÇÃO ENTRE OS REQUISITOS OBJETIVOS DO ACORDO E A IMPOSIÇÃO DE NULIDADES 42

3.1 Da possibilidade de delação premiada unilateral 43

3.2 Dos postulados de adequação/idoneidade do acordo de cooperação 45

3.3 Necessidade e Proporcionalidade 48

3.4 Do pressuposto de imputação de corréus, necessidade da confissão 51

3.5 Debate sobre a voluntariedade e espontaneidade em matéria de justiça negocial 53

3.5.1 O dilema das prisões e a colaboração premiada 57

3.6 Requisito de Inteligência/Informação e a assistência de defensor técnico 61

3.6.1 Direito de acesso aos autos e requisito de exatidão 62

3.7 Da homologação do acordo e os momentos da persecução penal 67

3.7.1 Últimas considerações sobre o conteúdo do capítulo e conclusão 71

4 NULIDADES E COLABORAÇÃO PREMIADA 73

4.1 Norma processual penal e correlação com garantias fundamentais 74

4.2 Teoria da nulidade no processo penal 77

4.3 Cálculo normativo para aplicação de nulidades na prática 81

4.4 Os tribunais superiores e o depoimento do colaborador como fundamento de decisões 82

4.5 Dos recursos e da impugnação de acordo por terceiro 85

4.6 Direito dos delatados de falarem por último 89

4.7 Aplicação de nulidades ao caso concreto 90

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 93

REFERÊNCIAS 96

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço jurisprudencial da justiça penal negocial em nosso ordenamento jurídico, fez-se necessária a reformulação do instituto da colaboração premiada bem como a inserção de outras modalidades de barganha processual (como é o caso do Acordo de Não Persecução Penal), esta atualização foi promovida pela lei 13.964/2019, que ficou popularmente caracterizada pelo nome de lei anticrime, tendo promovido uma nova redação ao instituto da colaboração (delação[1]) premiada em nosso sistema processual penal.

Numa perspectiva processualista, obtemos agora uma profunda alteração na natureza jurídica do instituto, que passa a ser regido por regras e princípios atinentes a contratos inclusive de natureza cível, como o princípio da boa-fé contratual, uma completa reforma no panorama de como se estuda e se faz uso desse modelo de justiça negocial.

Isso promoveu uma reconfiguração do papel das partes no âmbito das negociações e sua validade, com uma melhor observância do sistema acusatório, que vem cada vez mais ganhando espaço na doutrina e na legislação brasileira. A presente pesquisa partirá do pressuposto de que a justiça penal negocial atualmente possui baixa compatibilidade com o sistema de garantias constitucionais, diante da suspensão compactuada de direitos fundamentais (da 1ª geração), todavia irá adotá-la como inserta e que dentro do atual paradigma das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal não será revogada, aprofundando-se em seu estudo para que a depender do vício que dela seja decorrente implicar as consequências jurídicas a que se reporta a teoria da nulidade no processo penal[2], que é marco referencial deste estudo.

Assim, por se tratar de campo em evolução, se buscará com referência prática a julgados e estudo profundo advindos das alterações legislativas demonstrar melhorias e possíveis retrocessos à disciplina da colaboração premiada como relevante instrumento de persecução penal e defesa.

---

[1] O termo delação é mais apropriado ao instituto, pois além de confissão, é necessário a coautoria para imputar à terceiros prática de crime.

[2] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 585-586.

A proposta da seção 2, por fim, será de responder a seguinte indagação: É possível que a colaboração premiada sirva para fundamentar medidas cautelares, recebimento da denúncia ou sentença penal condenatória?

Para tanto, aliado à conceituação da natureza jurídica do instituto, se fará estudo dos *standards*[3] probatórios aptos a fundamentar juízo de valor sobre provas para prolação de sentença penal condenatória, apontando diferenças sobre o valor probatório do depoimento do colaborador com o de uma confissão, demonstrando a necessidade de corroboração interna e externa para o início do processo e a imposição de medidas restritivas cautelares de liberdade e patrimônio, bem como a possibilidade de adequação a legalidade e escorreita observância de garantias constitucionais.

Também serão discutidos os trilhos legais para obtenção de prova em sentido completo (dinâmico), e prova em sentido estrito -estático-, apontando a necessidade de contraditório judicial e os limites da atuação do julgador e das partes nos processos que possuem essa modalidade de acordo.

A proposta da seção três, tem por objetivo solucionar impasses pontuais no que se refere a própria estrutura da celebração dos acordos de colaboração premiada, evitando que referido meio de obtenção de prova seja inexistente ou nulo, a depender do tipo de erro encontrado, se de elemento estrutural ou essencial, por inobservância da forma e alinhamento a preceitos constitucionais.

Para tanto, será travada discussão sobre seus requisitos objetivos, a adequação/exatidão, os prêmios legalmente aceitos, a observação da voluntariedade nos acordos, à assistência técnica de defensor, os momentos de celebração e oferecimento das propostas demonstrando a necessidade de redação de códigos de conduta com deveres positivos e negativos, e a necessidade de imposição de controle recursal para os delatados para respeito as garantias fundamentais que se encontram atualmente reduzidas diante do instituto.

Ao reconhecer a aplicabilidade de um sistema processual de nulidades em atenção aos princípios constitucionais visando a defesa e aplicabilidade de direitos humanos fundamentais, pode-se afirmar que estas e outras questões que envolvem o instituto da colaboração premiada, mais precisamente o da lei 12.850/2013, poderiam ter um fim comum mais favorável ao respeito das garantias no processo penal brasileiro. Sendo assim, entende-se a priori que a posição

[3] *Standard* se reporta a vetor de julgamento criminal, parâmetro utilizado para prolação de sentença penal que na dúvida será absolutória.

cientificamente mais adequada seria a declaração de nulidade absoluta, nos casos em que for observado valor probatório desproporcional a palavra dos delatores.

Isto porque, a interpretação escorreita do regramento insculpido na Constituição Federal proporcionaria a melhor visão garantidora de direitos, em face aos abusos e interpretações teratológicas por parte de alguns juristas[4]. Deste modo, ao fim, pretende-se com base nos dados científicos e estudos jurisprudenciais, indicar o status quo ante do instituto e as mudanças que vem sendo necessárias para readequações do modelo ao nosso ordenamento jurídico, pregando-se sempre e de forma incisiva a segurança jurídica por intermédio da correta interpretação do novo paradigma que está sendo estudado, informando sobre a hipótese de imposição de nulidade absoluta (inclusive na fase inicial do processo, quando há do recebimento da denúncia), diante da violação do contraditório e da ampla defesa.

A proposta da seção 4, portanto, será responder à questão fundamental do estudo: Quais as consequências jurídicas que podem advir da violação da legalidade estrita contida no regramento insculpido no §16 do artigo 4º da lei 12850/2013? Como aplicar a teoria da nulidade no processo penal para sanear as decisões penais *contra legem*?

Para tanto se promoverá discussão do conceito de nulidade penal, apontando suas classificações e correntes doutrinárias que se reportam ao instituto, trazendo o referencial teórico a que se pauta a hipótese principal deste estudo, qual seja, a aplicação da teoria da nulidade no processo penal, com vistas a analisar as decisões que possuam a colaboração premiada como único meio de prova, nos últimos 5 (cinco) anos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, especialmente aquelas que estão em desacordo com a reforma legislativa trazida pela lei 13.964/2019.

O surgimento do presente estudo, se deu a partir da observação de casos práticos relacionados a formalização de acordos de colaboração premiada e seu valor probatório durante os momentos processuais que antecedem o julgamento de mérito, encontrando diversos pontos de conflito, notadamente no que se referia aos recebimentos de denúncia com base tão somente nas declarações do réu delator, isto pareceu um mau uso do instituto, onde alguém colheria benefício extremo, tal como a não persecução penal (não oferecimento de denúncia) para implicar delitos a terceiros que poderiam vir a sofrer restrições cautelares, inclusive com

[4] Observar análise jurisprudencial presente na seção 4.

afastamento de cargos públicos ou até mesmo medida extrema tal como a prisão cautelar enquanto perdurasse o processo penal contra estes.

Com este ponto de partida, que partiu do estudo da estrutura do instituto de colaboração premiada para determinar seu valor probatório, bem como as ilegalidades e nulidades que poderiam surgir de sua utilização, fora obtida hipótese sob uma ótica garantista que torna impeditiva a discricionaridade do uso do instituto sem adequação legal à constituição federal e a lei 12.850/2013, semelhante àquele posicionamento que já se insurgia sobre a questão, todavia apresentando novos fundamentos aptos a robustecer às críticas ao instituto e o avanço da justiça negocial, porém de maneira pragmática buscando a adequação das condutas das partes que possuem contato com a delação premiada durante a persecução penal para coibir abusos que violem direitos fundamentais.

2 O VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O instituto da colaboração premiada não é novo no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, sua aparição e evolução se deu de maneira esparsa na legislação nacional, de forma pouco regular e desorganizada. Ressalte-se também que o instituto em sua modalidade doutrinariamente conhecida por **delação**[5] foi introduzido com a lei 12.850/2013, sendo este último relativamente novo no Brasil.

Existem pontos controvertidos no sistema processual penal brasileiro, onde sistema inquisitório e sistema acusatório se confundem, alguns autores consideram o sistema penal brasileiro misto, outros optam pela nomenclatura de que este é essencialmente inquisitório, buscava-se então almejar a mudança das normas processuais penais para que o sistema se tornasse essencialmente acusatório[6], tendo a reforma legislativa que ampara esta corrente ocorrido durante a realização desta pesquisa, com a introdução do artigo 3º-A no Código de Processo Penal, pela lei 13.964/2019, que agora figura como alicerce do sistema acusatório, é importante mencionar que referido dispositivo encontra-se com sua eficácia suspensa devido a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal[7].

Independentemente da conceituação do sistema processual, a hermenêutica jurídica vem ampliando a capacidade de interpretação das normas penais, aumentando o alcance dos dispositivos constitucionais, numa compreensão sistemática do real sentido dos regramentos contidos na legislação, sendo que esta é a função do intérprete, isto é, "determinar o sentido e o alcance das expressões do direito"[8].

Em um Estado democrático de direito, a atuação estatal por intermédio do poder judiciário deve ser firme porém razoável, devendo proteger os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico sem que para isso sejam violados os direitos fundamentais dos cidadãos, e para tanto a interpretação das normas deve obedecer a estes critérios democraticamente insculpidos no texto constitucional, sem espaços para escolhas aleatórias, irracionais ou

---

[5] O termo delação é empregado, pois na colaboração premiada trazida pela lei 12.850/2013, tem-se como objetivo principal a identificação de demais coautores, logo a opção doutrinária pelo uso desta nomenclatura.
[6] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.
[7] RICHTER, André. **Decisão de Fux suspende mais três pontos do pacote anticrime**. *Suspensão vale até o julgamento de mérito da ação pelo plenário*. 22/01/2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-01/decisao-de-fux-suspende-mais-tres-pontos-do-pacote-anticrime
[8] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9ª ed.– Rio de Janeiro: Forense, 1984.

puramente ideológicas, diante do surgimento de novas situações advindas da complexidade social do nosso tempo[9].

No que se refere ao instituto da colaboração premiada, este é alvo de críticas desde a sua implementação, seja por limites éticos[10], ao dar a possibilidade de um agente criminoso ter sua pena diminuída ou perdoada em negociação com o sistema de justiça criminal, característica da cultura anglo-saxônica por meio do *plea bargaining*[1112]; seja porque para parcela da doutrina não se demonstraria o método mais eficaz para obtenção de provas em um processo penal que de forma geral as organizações criminosas no Brasil não possuem código de conduta impeditivo de dar ao estado outra maneira de investigar.

Em outras palavras, não possuiriam em tese o "vínculo familiar" que é pressuposto para ingresso em determinadas famílias mafiosas, como foi o caso da primeira utilização do instituto, no episódio de repercussão internacional que culminou numa verdadeira revolução na estrutura política da Itália, cujos delatores eram os mafiosos Tomaso Buscheta e Contorno Salvatore, que possuía como julgador as famosas figuras do Juizes Chinnici, Giovanni Falcone e Borsellino[13], na chamada operação *mani pulite*, ou operação mãos limpas.

Ferrajoli, autor da teoria do garantismo jurídico, traz em seu livro Direito e Razão suas impressões acerca da incerteza sobre a capacidade deste método de barganha ser eficaz no combate o crime, mas que é notoriamente ilegítimo, vejamos:

> É difícil dizer o quanto estes meios, além da sua dubitável legitimação constitucional, foram decisivos na luta contra o terrorismo e contra a criminalidade mafiosa e camorrista. Jamais terá fim a discussão quanto a esta questão. O que é certo e que a sua ação conjunta transformou o processo em uma máquina e em um braço acionável contra o imputado e afrontou todas as garantias clássicas: a estrita legalidade penal, que vem conexa de modo certo ao crime cometido e não ao conteúdo acusatório ou defensivo do imputado, e penas iguais para crimes iguais; o contraditório e em geral o esquema triangular de processo, que exigem o antagonismo entre acusação e defesa e a posição como terceiro do juiz; a presunção de inocência e o conexo ônus da prova sob responsabilidade da acusação, um e outro convertidos em uma presunção geral de

---

[9] LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

[10] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8ª ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: forense, 2014, p. 728-729.

[11] Termo utilizado para designar instituto de origem na *common law*, consistente na negociação entre o órgão de acusação e o acusado, podendo vir a depender das informações prestadas deixar de ofertar acusação formal e realizar acordo.

[12] LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à efetividade estatal de persecução criminal. In: **Garantismo penal integral**. Organizadores: Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: juspodivm, 2010, p. 267.

[13] SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 38.

> culpabilidade que de fato agrava de forma igual os arrependidos e os não arrependidos.[14]

A tese do referido autor, notadamente no que se refere ao garantismo penal, encontra espaço na doutrina e jurisprudência brasileira, com este propósito o ministro Barroso do Supremo Tribunal Federal já elaborou manifestação nos seguintes termos:

> O garantismo é uma boa filosofia para lidar com o Direito Penal. Ele significa respeitar o devido processo legal (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição) e assegurar os direitos fundamentais do acusado. Significa não querer salvar o mundo com tipificações abundantes e penas exacerbadas, nem tampouco fazer juízos morais desqualificadores das pessoas, em lugar de julgar fatos objetivos. Garantismo, porém, não significa tratar o Direito Penal sem seriedade mínima, nem tampouco abdicar dos deveres de proteção atribuídos ao Estado. A proteção dos direitos humanos, em qualquer sociedade civilizada, exige um grau moderado, legítimo e proporcional de repressão estatal, para que o bem seja mais atraente do que o mal.[15]

Os axiomas do jurista italiano conceituam regramento que de uma forma ou de outra encontram-se harmonicamente amparados em nosso sistema processual penal, durante a apresentação deste estudo, os conceitos apresentados terão conexão com as acepções garantistas, pois nos parece correta a adoção destes postulados para legitimação do *jus puniendi* -direito de punir- diante da amplitude de proteção aos direitos individuais face ao arbítrio do estado.

2.1 Os tribunais superiores e a delação premiada, a relação entre a justa causa e a duração razoável do processo

Atualmente dentre os temas que se debatem a respeito do instituto da colaboração premiada, encontra-se o disposto nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, em turmas distintas, que determinou o arquivamento de inquéritos policiais em nome da duração razoável do processo.[16] Isto ainda levando-se em conta a possibilidade de sobrestamento do feito, e eventual suspensão do prazo prescricional.[17]

---

[14] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal; prefácio da 1ª ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 658

[15] BARROSO, Luis Roberto. **Retrospectiva 2014** – Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunalfederal?imprimir=1>. Acesso em: 10 out. 2018.

[16]CALLEGARI, André Luis. **O STF e a razoável duração da investigação** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-a-razoavel-duracao-da-investigacao-21092018> Acesso em: 17/10/2018.

[17] MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 6ª ed., ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 304

Neste sentido, o voto do Ministro Luis Roberto Barroso, então relator, ponderou que apesar de só poderem ser afastadas possíveis *notitia criminis* que forem completamente desprovidas de plausibilidade, agentes públicos não poderiam suportar por prazo indefinido o ônus de figurar como objeto de investigação, sendo certo que a investigação deve observar prazo razoável para sua conclusão. Ainda no mesmo voto, o Ministro invocou a antiga redação do artigo 28 do Código de Processo Penal[18], para informar que na sua interpretação do referido dispositivo, o Juiz não estaria obrigado a agir quando provocado pelo Ministério Público, funcionando como controlador da legalidade do procedimento de investigação[19].

Há de igual modo decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no Inq. 4458, que trouxe à baila o seguinte entendimento:

> (...) Os precedentes do STF assentam que as declarações de colaboradores não são aptas a fundamentar juízo condenatório, mas suficientes dar início a investigações. Contudo, tais elementos não podem legitimar investigações indefinidas, sem que sejam corroborados por provas independentes.[20]

Diante disto, observa-se que desde a implementação da colaboração premiada em sua modalidade de delação pela lei de controle da criminalidade organizada, o Supremo Tribunal Federal tem andado em busca de estabelecer um novo paradigma, primeiro ao considerar que o imputado não pode figurar como réu em inquérito de maneira indeterminada independentemente do material colhido nos acordos de cooperação, e segundo discutindo o valor probatório que possui esses depoimentos.

Ao interpretar as decisões supracitadas, poderia ser ampliada a interpretação com o uso de analogia para informar que as denúncias que fossem promovidas com base tão somente neste depoimento inicial não poderiam ser recebidas sem que fossem colhidos outros elementos de corroboração, sendo somente vedada em nosso ordenamento jurídico a analogia *in malam partem*[21].

---

[18] BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 18 out 2018.
[19] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inq. 4442, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 06/06/2018, publicado em DJe-116, divulgado em 12/06/2018.
[20] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Inq. 4458, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em: 11/09/2018 publicado em DJE-208, ata nº 143/2018, divulgado em 28/09/2018.
[21] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal:** de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.

Isto por considerar que na solução de casos baseados em jurisprudência, analogia é "legítima sempre que não for proibida ou não resultar incompatível com a natureza excepcional da norma de que se trata."[22]

Isto configuraria nulidade absoluta da denúncia[23], uma vez que inexistindo outros elementos de informação nos autos, e reconhecida a fragilidade da investigação em eventual denúncia promovida, não poderia o magistrado decidir seguir o processo com a finalidade de que novas provas poderiam surgir mediante **ação de ofício** ou durante o decorrer da instrução a ser promovida, é contraponto inclusive ao axioma garantista de que *nullum iudicium sine accusatione*.[24]

Neste sentido, Grinover é pontual ao informar que "a sentença que vier a ser prolatada em processo iniciado por denúncia ou queixa inepta será afetada porque assentada em procedimento viciado desde a sua origem".[25]

A inépcia da denúncia neste caso seria aquela advinda da ausência da justa causa na forma do artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal, pois ausente de suporte probatório mínimo que deve possuir a ação penal, em correlação com a existência material de conduta típica, indícios de autoria e alguma prova de ilicitude e culpabilidade, somente diante deste conjunto probatório que é possível a imposição do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública incondicionada.[26]

A valoração da colaboração premiada no juízo condenatório, na antiga redação do diploma legislativo, já informava que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador" -parágrafo 16 do artigo 4º da Lei 12850/2013, sendo assim, necessitava de outros elementos aptos a formalizar juízo de valor para fins condenatórios. Todavia esta valoração também encontrava impasse na jurisprudência, se o depoimento seria suficiente para justificar fundamentos de medidas cautelares ou recebimento de denúncia[27], o que agora com a reforma legislativa foi alterado para determinar que não é suficiente para a promoção destas medidas, resta saber o alcance da retroatividade

---

[22] BETTI, Emilio**. Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática; tradução Karina Jannini; a partir da segunda edição revista e ampliada por Giuliano Crifò; revisão técnica Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 91.

[23] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no processo penal.** 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 114.

[24] Não há processo sem acusação (tradução nossa).

[25] *Idem*, p. 115.

[26] JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97.

[27] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018, p. 263.

da lei penal para as ações em curso que já tiveram o recebimento de denúncias e que não houveram os demais passos da instrução processual.

Com esse posicionamento, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal se manifestou em julgado anterior a reforma:

> "A meu sentir, se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração de ação penal por padecerem, parafraseando Vitorio Grevi, da mesma presunção relativa de falta de fidedignidade"
>
> (...)
>
> "Se 'nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador' (art. 4º ,§16 da Lei nº 12.850/13), é licito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação".[28]

Parece nobre quando utilizando-se do discurso de busca da verdade real, o magistrado atua com a intenção de observar a produção de outros elementos que corroborem as declarações prestadas no inquérito durante a instrução, e acaba realizando o recebimento da inicial acusatória inepta, mas incorre em verdadeira usurpação da função do Ministério Público e torna o processo essencialmente inquisitorial, dando espaço as críticas tecidas por Zafaroni[29], de que "na América Latina todo suspeito é tratado como inimigo, apesar da legitimação do direito processual penal."

Neste sentido Welton Roberto informa que "Os juízes, no afã de controlar a onda de criminalidade, através do instrumento processual, cada vez mais se distanciam das garantias individuais para chancelar a qualquer custo um Estado que vivencia uma histeria punitiva".[30] Ao se sobrepor a inépcia da denúncia, com o emprego de raciocínio inquisidor que permite ao magistrado ir atrás de provas para condenar, existe violação de direitos fundamentais e confusão de seu papel dentro do processo.

Isto ocorre ao "relativizar" uma nulidade absoluta, incapaz de ser sanada pela via escolhida, por violar o sistema acusatório, ficando evidente que qualquer outra atribuição ao

---

[28] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inq. 3.994.** Segunda Turma. Rel. para acórdão Min. Dias Toffoli
[29] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 189.
[30] ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª edição Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 35

magistrado na busca das provas torna o foro prevento para julgar o processo, ou seja, deve-se buscar instruir de acordo com os elementos já existentes no processo[31].

O juiz, como membro do Poder Judiciário, deve aplicar o direito com base no conhecimento dos princípios e das regras constitucionais, atribuindo ordem hierárquica em relação aos de natureza infraconstitucional, exigindo-se a aplicação da hermenêutica constitucional, além dos oriundos da hermenêutica geral[32].

Sendo certo que ao ser violada a estrutura das garantias constitucionais, incidiria nulidade absoluta, independentemente do momento de arguição desta, Alencar explica que "a busca pela verdade a todo custo, como se depreende, ofende os fundamentos do Estado Democrático de Direito, máxime as garantias constitucionais do imputado"[33].

Ainda de acordo com o autor "O ápice do sistema é a estrutura das garantias constitucionais. O que deve informar a interpretação de todos os enunciados que compõe o ordenamento jurídico é o princípio acusatório (...)"[34], sendo certo que atuação fora destes ditames configuraria quebra do dever de imparcialidade do julgador[35].

Parece portanto necessário, o reconhecimento das nulidades advindas de um procedimento investigativo em que se conclui pela ausência de elementos de informação aptos a fundamentar uma denúncia, ou seja, de nulidade do ato jurídico proferido por juiz que realizasse o recebimento, diante da compreensão de que a nulidade "converge para a finalidade de um processo penal comprometido com a proteção dos direitos humanos." [36]

O Ministro Luiz Fux no julgamento de Agravo Regimental no Inquérito 4327/DF, informava ser contrário ao recebimento de denúncia com base somente em delação premiada, haja vista que isso poderia vir a ser um instrumento de retaliação.[37] Em síntese, antes da reforma legislativa trazida pela Lei 13964/2019, o STF já possuía algumas decisões no sentido de que o valor probatório da colaboração premiada era reduzido, impossibilitando não só a condenação

---

[31] LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime organizado & a prova penal.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 56.
[32] GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.71.
[33]ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 463.
[34]*Idem*. p. 461.
[35] ROSA, Alexandre Morais da. **Procedimentos e nulidades no jogo processual penal**: ação, jurisdição e devido processo legal. Florianópolis: Empório modara, 2018, p. 107-108.
[36]ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 461.
[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). AgR-segundo no inquérito n. 4327/DF, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 19/12/2017, publicado em 09/08/2018, STF, 2017.

embasada nesses elementos de convicção, mas também o recebimento das denúncias, haja vista que as declarações não eram suficientes para caracterizar o *fumus comissi delicti*.[38]

Entretanto, no que se referia a decretação de prisão cautelar, a jurisprudência autorizava estas medidas a partir dos depoimentos dos delatores, neste sentido o Habeas Corpus 307.959/SP julgado pela Sexta Turma do STJ, entendeu que existia justa causa para prisão preventiva por indício consistente na delação de corréu.[39]

Ainda que possuam um rigor probatório menor do que o que caracteriza o *standard* para condenar, ambas as providências possuem o mesmo pressuposto de aplicação da medida, todavia este difere em cada um dos atos.[40] Para decretação da prisão preventiva é necessária uma carga probatória muito maior no que se refere aos indícios de autoria e materialidade, pois o peso do processo agrava-se sobre o imputado.[41]

É importante ser mencionado que a insuficiência do requisito essencial não é superada quando há corroboração apenas com o depoimento de outro colaborador, não sendo possível a corroboração recíproca ou cruzada[42], diante disso a lei 13.964/2019 foi importante no que se referiu ao avanço para determinar a impossibilidade de decretação de prisões com fundamento apenas na palavra do colaborador, consoante o disposto na nova redação do parágrafo 16, do artigo 4º da lei 12850/2013.

A seguir passaremos a nos aprofundar nos elementos que embasam a hipótese apresentada na introdução deste estudo.

2.2 A nova natureza jurídica da delação e o dever de lealdade processual

O pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 127.483/PR, considerou que a lei qualificou a natureza jurídica como "**meio de obtenção de prova**", sendo o objeto a cooperação do agente com a persecução penal estatal, na investigação preliminar e durante o processo, produzindo efeitos materiais no que se refere a sanção premial. Este

[38] CHAVES, Á. G. O.; FERREIRA, P. V. P. A 'lei anticrime' e a valoração das palavras do colaborador na decretação da prisão preventiva. In: **Boletim do IBCCRIM**, v. 340, p. 8-11, 2021 p.10.
[39] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). HC 307.959/SP, Relator Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 01/10/2015, publicado em 26/10/2015.
[40] CHAVES, Á. G. O.; FERREIRA, P. V. P. A 'lei anticrime' e a valoração das palavras do colaborador na decretação da prisão preventiva. In: **Boletim do IBCCRIM**, v. 340, p. 8-11, 2021, p.10.
[41] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.687.
[42] BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013. In: **Consulex**: revista jurídica, Brasília, v.19, n. 443, p. 26-29, fev. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171. Acesso em 31/05/2021.

posicionamento foi reforçado com a alteração inserida pela lei 13964/2019, onde pressupondo utilidade e interesse público acrescentou ser negócio jurídico-processual.

É negócio jurídico complexo condicional (administrativo e processual), uma vez que é lavrado por órgão do poder executivo e submetido à apreciação do Poder Judiciário. [43] O juiz ao analisar a proposta observará se esta figura dentro dos limites estipulados na lei e em conformidade com a constituição federal, sem fazer considerações meritórias sobre o conteúdo do objeto – a ser- apresentado.

Na esfera administrativa são realizadas as tratativas pelo Ministério Público ou pela polícia com a interveniência do órgão ministerial, no âmbito da persecução penal estatal, posteriormente as cláusulas passarão por crivo judiciário, existindo espécie de "dirigismo contratual" [44], não estando os entes públicos livres para agir ou redigir cláusulas cujo conteúdo não estejam positivados.

Há portanto, segundo Alencar, a relação lógica estabelecida pela lei nº 12.850/2013, que cria implicação necessária entre prótase (norma jurídica primária, antecedente) e apódose (norma jurídica secundária, consequente), não podendo o operador durante as negociações apresentar por exemplo, o tipo de regime de execução penal a ser submetido ao colaborador ao final do processo.[45]

O termo de cooperação processual é subordinado a incidência dos fatos narrados nos termos do acordo, ou seja, a apresentação dos coautores e a obtenção das provas de acordo com a colaboração do delator no processo; os benefícios do título, desta forma só farão jus a sua aplicação, se forem provadas as informações prestadas pelo depoimento do colaborador.

Entretanto, aqui será aberto parêntese para explicar que o delator não pode ser prejudicado pela fragilidade do sistema justiça, isto é, se por insuficiência de recursos ou por ineficiência estatal não for possível comprovar a veracidade das informações prestadas, o réu

---

[43] ALENCAR, R. A. R. C. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. In: **Parahyba Judiciária**, v. 11, p. 413-439, 2018. Disponível em:< https://ns1.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf> acesso em 31 de agosto de 2020. p. 422

[44] *Idem*

[45] ALENCAR, R. A. R. C. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. In: **Parahyba Judiciária**, v. 11, p. 413-439, 2018. Disponível em:< https://ns1.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf> acesso em 31 de agosto de 2020, p. 423.

delator não poderá ser prejudicado, devendo com atenção ao princípio da confiança continuar a gozar dos benefícios estipulados.

A justiça criminal consensual na sistemática processual brasileira encontra maior traço de informalidade no contexto dos Juizados Especiais Criminais, onde são julgadas as infrações consideradas pela lei 9.099/1995 como infração de menor potencial ofensivo[46]. Dentre as propostas procedimentais trazidas, destaca-se a figura da transação penal, prevista em seu art. 76.

Ocorre que é restrita a liberdade que as partes têm para negociar, pois o procedimento é controlado e fiscalizado pelo juiz. Outrossim, essa limitação também ocorre no caso da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89. Dessa forma, fica evidenciado que os mecanismos de justiça penal negociada foram de forma gradativa sendo implantados no direito brasileiro, sofrendo modificações para melhor adequação à sistemática processual pátria.

Por outro lado, a lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, mais precisamente no art. 4º, § 6º, prevê a possibilidade de celebração de acordo de colaboração entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou em sua maneira mais utilizada, entre o Ministério Público e o investigado, ou acusado e seu defensor. De acordo com o dispositivo, as negociações são realizadas diretamente entre as partes, sem a participação do juiz, a quem cabe homologar o acordo, caso sejam verificadas sua regularidade, legalidade e voluntariedade.

Antes da reforma da lei anticrime, acaso entendesse necessário antes de homologar o acordo, o juiz poderia ouvir o colaborador sigilosamente e na presença de seu defensor, atualmente isto não é mais uma faculdade, passou a se tornar uma obrigação por força do parágrafo 7º do art. 4º da lei em destaque, onde se dispôs sobre novas regras objetivas para análise perfunctória do momento da homologação do acordo, senão vejamos:

> I - regularidade e legalidade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[46] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 26.

> III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares

As alterações legislativas ainda não foram suficientes para solucionar o problema de que a colaboração premiada ainda é, de forma geral, contrato de adesão que busca a imposição de cláusulas; depreende-se isso da vantagem que o celebrante possui, sendo-lhe abertamente mais favorável por dispor de mais garantias uma vez que que o imputado não pode fazer reserva mental de fatos relacionados a investigação.[47]

Diante dessas lacunas, demonstrada a necessidade de continuar restringindo à disciplina por más interpretações, assim ficou configurada a nova natureza jurídica do acordo de colaboração premiada à luz da reforma produzida pela lei 13.964/2019 na lei 12.850/2013, no seu artigo 3º-A:

> Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é **negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova**, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (grifos nossos)

Consagrou-se o que fora disposto no RHC 127.483/PR[48], que foi o caso líder (*leading case*[49]) em termos de colaboração premiada, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, onde foi abordada a questão do afastamento do protagonismo do juiz relacionado a este instituto, tratando sobre a impossibilidade do magistrado realizar qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador, retirando o protagonismo do juiz na relação desse instituto, sendo negócio jurídico processual **personalíssimo**.

Acerca da colaboração premiada, ensina Eduardo Araújo Silva:

> A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo) ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação processual, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infracções venham a se consumar (colaboração preventiva) assim como auxilia concretamente a polícia na

---

[47] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019, p. 268.

[48] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI, 27/08/2015 PLENÁRIO. Link para acesso encontrado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666, acesso em 31/08/2020.

[49] O termo *leading case* refere-se a expressão adotada no direito comum anglo-americano, cujo objetivo é designar ações judiciais que, por versarem sobre uma questão jurídica complexa e inédita, não podem ser submetidas a uma regra de direito clara e precisa. Como visto em: RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Hard-cases e leading-cases no campo do direito à educação: o caso das quotas raciais. In: **Revista de Direito Educacional**, São Paulo, p. 245-275.

> sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando as suas prisões (colaboração repressiva)[50].

Sendo um negócio jurídico processual[51], tese fixada pelo Supremo Tribunal no tocante a sua natureza, implica dizer que há pacto entre o acusado e o Estado, de maneira escrita, cuja validade estaria condicionada à homologação pela autoridade judiciária competente.[52]

A realização da colaboração premiada foi disciplinada em três momentos distintos na Lei 12.850/2013. O art. 4º, §2º prevê a possibilidade de acordo de colaboração na fase pré-processual, ainda na fase de inquérito, o que pode influenciar a eventual propositura de ação penal. O *caput* do art. 4º prevê a possibilidade de colaboração na fase judicial e o § 5º do mesmo artigo dispõe sobre o acordo de colaboração na fase pós-processual, quando da execução da pena. Dessa forma, na fase de investigação, a colaboração é um instituto de natureza puramente processual, enquanto que na fase judicial e pós-processual, a colaboração é um instituto de natureza mista, uma vez que o acordo é regido por normas processuais, mas as consequências são de natureza material, já que é possível a não persecução penal, o perdão judicial, a redução ou substituição da pena, e a progressão de regime[53].

Conforme consta no informativo de jurisprudência 796, advindo do julgamento do já mencionado Habeas Corpus nº 127.483/PR, a colaboração premiada, é **veículo de produção probatória**, tendo em vista que após a negociação e a partir destas, parte-se em busca das provas que a consubstancie. Já a declaração do delator, por sua vez, figura-se com a nova redação como **meio de obtenção de prova**. Daí que se dizer que a cooperação em si é um instrumento de formação de provas, e o depoimento fornecido o meio de prova.[54]

O colaborador informa o que sabe, e ao Estado ficará o encargo de certificar a pertinência das informações disponibilizadas[55], a natureza da delação premiada, é em verdade, processual material, possui forma e conteúdo processuais, mas produz efeitos materiais. [56]

---

[50] SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53.
[51] DIDIER JR. Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: **Civil Procedure Review**, v.7, n.2: 135-189, may-aug., 2016, p. 146.
[52] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiad**a. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 99.
[53] SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53-57.
[54] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiad**a. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 93
[55] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiad**a. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 99.
[56] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiad**a. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 115.

Assim, não se pode incorrer em erro ao chegar a conclusões precipitadas de que a delação premiada é espécie de **convenção processual**, onde as partes atuam sem necessidade de intervenção, criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais ou que ainda alteram o procedimento, uma vez que não se admite espaço para ampliação que permita aos envolvidos no acordo de cooperação a complementação da lei ou conteúdo que autorize que sua vontade seja fonte de juridicidade conforme defendido por Hartmann[57], a obediência a forma nas tratativas, sanções premiais e demais critérios da colaboração premiada deve ser interpretada restritivamente.

Tendo em consideração que ao reconhecer que cometeu um crime o colaborador apresenta um depoimento no mínimo incomum diferindo-se da mera confissão[58] (mas que não por isso possua carga valorativa superior[59]), a natureza jurídica fica melhor dividida dessa forma, onde requer-se a precisa atribuição da autoria dos agentes implicados no delito praticado em coautoria, sendo por isso mais apropriado a expressão delação premiada.[60]

Assim, com a finalidade de se obter a correta imputação dos fatos aos réus de processo penal, é necessário que o acordo seja realizado dentro dos parâmetros legais fixados pelo legislador, sendo observado alguns critérios correlacionados com a dogmática que também poderiam invalidar a negociação, pois inicialmente tendo valor probatório menor que o de uma confissão, também é de se requerer o cumprimento mínimo das formalidades dos requisitos desta, podendo sua violação contaminar os atos subsequentes de nulidade.

---

[57] HARTMANN, Stefan Espirito Santo. **Corroboração das declarações do corréu na colaboração premiada**. Curitiba: Juruá, 2021, p. 34.

[58] ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. In: **Revista Parahyba Judiciária**, v. 11, n.11. João Pessoa, 2018. Disponível em: http://biblioteca.jfpb.jus.br/revista/index.php/revista/issue/viewIssue/19/28 acesso em 31/08/2020. p.435.

[59] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp** - Entre Aspas, v. 6, p. 182-191, 2020.

[60] ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. In: **Revista Parahyba Judiciária**, v. 11, p. 413-439, 2018. Disponível em:< https://ns1.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf> acesso em 31, agosto de 2020.

2.2.1 Colaboração premiada é obrigação de meio ou de fim?

O disposto na atual redação do §6º do artigo 3º B da lei de organizações criminosas, informa que na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, este não poderá fazer uso de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade.

Diante destas considerações, indaga-se, a obrigação do delator é de meio ou de fim? Ou seja, o delator só poderia gozar dos benefícios acaso os corréus fossem condenados pelas informações que prestou?

Para tanto, é necessário distinguir que a obrigação de fim ocorre quando é realizado o adimplemento, que no caso de inadimplência poderia gerar responsabilidade, todavia essa responsabilidade deve ser possível e razoável sob pena do devedor arcar com a responsabilidade por fatores não previstos durante a realização do negócio jurídico. Sendo assim na obrigação de meio temos um devedor alheio ao resultado esperado pelo credor, e na de resultado, um devedor atrelado ao regime de responsabilidade em todas as medidas.[61]

O posicionamento do STF junto ao instituto da justiça negocial foi o de declarar ser a delação premiada um meio de prova e não uma prova propriamente dita, o que já fora admitido recentemente pela reforma legislativa, ou seja o interesse do Ministério Público deve versar sobre a apresentação das informações e documentos que fora transacionado entre as partes não alcançando o resultado (condenação) dentro deste aspecto; uma vez que numa negociação existem perdas recorrentes, não se pode cobrar do delator a prova de informações cujo alcance não está em suas mãos.[62]

A delação como **obrigação de meio** também tem por objetivo garantir a boa-fé do órgão acusador, impedindo que se realizem cláusulas atrativas com cumprimento impossível, cuja formulação serviria apenas para fazer o colaborador incidir em erro pela perspectiva das recompensas oferecidas, mas que sabidamente não lhe seriam disponibilizadas. É dentro da perspectiva de lealdade processual e boa-fé que o Estado não pode exigir o resultado da delação, sendo esta um mero instrumento de obtenção de prova, logo obrigação de meio.[63]

---

[61] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 276
[62] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 277
[63] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 278

Sendo assim o conteúdo prestado pelo delator pode ser verdadeiro, mas depende de um trajeto probatório diversificado nos autos que apure os corréus, em que pese as cláusulas obriguem o delator a produção de efeitos, as provas que serão formadas a partir disso, por intermédio do devido processo legal não dependem apenas da sua versão dos fatos apresentadas, mas também de outras provas que corroborem com o que foi dito e o livre convencimento do magistrado.[64]

Ademais, some-se o entendimento da redação do §16º do art 4º da lei 12850/2013 que impedem a sentença penal condenatória quando o conteúdo isolado da delação for o único parâmetro para fundamentá-la, diante disso já se pode obter que esta cooperação é homologada ainda de forma desvinculada, desta maneira não se pode antecipar o efeito futuro do que será objeto da negociação; diante da impossibilidade conceitual de informação perfeita, devem ser consideradas opções que tragam certas garantias ao delator, em modelos teóricos que fundamentem o risco para criar diretivas de comportamento racionais.[65]

Neste sentido, não se pode exigir do delator o que não depende do seu comportamento, razão pela qual sua obrigação se considera adimplida quando disponibiliza os elementos de informações requeridos pelo celebrante; com a entrega idônea do que se obrigou, não se pode exigir que seja atrelado a responsabilização final dos terceiros como condição para eficácia dos benefícios.

Neste sentido, é importante tecer comentários sobre a disparidade das partes envolvidas nesta relação, consoante a lição de Sampaio, Melo e Ribeiro:

> "Com efeito, embora assente na ideia de que ao acusado seria conferida a oportunidade de obter uma vantagem caso admitida a propositura do acordo, fato é que muitos indivíduos, em razão das inúmeras circunstâncias coercitivas que subjazem o procedimento negocial, acabam cedendo à proposta de acordo, mesmo não sendo eles, efetivamente, os autores das imputadas condutas delituosas. Tal contexto, registre-se, resta largamente acentuado em razão do incontestável cenário de desigualdade social existente no país, que acaba se reproduzindo também no sistema de justiça criminal, não apenas pela seletividade dos indivíduos que são mais comumente incriminados, mas, também, pela frequentemente limitada assistência jurídica à disposição dessas pessoas."[66]

---

[64] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 279

[65] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 279

[66] MACÊDO RIBEIRO, M. H.; SAMPAIO, A. R.; MELO, M. E. V. Justiça Negocial e Garantismo Penal: A fragilização da epistemologia garantista a partir da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.

Com esse raciocínio, uma vez que também as denúncias não serão recebidas com base tão somente no seu depoimento de colaboração, é razoável exigir-se num primeiro momento que seu dever seja o de entrega do conteúdo do material sem que seja exigível certeza sobre o futuro do que for apurado, isso demonstra-se importante para evitar a imposição de cláusulas *ad exitum*.

O êxito se satisfaz no que se refere a prestação das declarações, sem que seja considerada a condenação como parâmetro de produtividade do acordo, o princípio da paridade de armas estaria melhor respeitado dentro desta negociação com um mínimo de garantias democráticas; do contrário o colaborador se submete ao êxito do órgão acusador em comprovar a tese acusatória, e ao livre convencimento do magistrado no exame da prova, assim, como já definido pelo STF no julgamento do HC 127.483/PR, e a nova redação do artigo 3º-A da lei que regula o dispositivo no âmbito da criminalidade organizada, o objetivo final da delação é possibilitar a obtenção de provas, não sendo necessário à obrigação de resultado (condenação), a obrigação portanto é exaurida no momento da tradição, com a entrega das provas, confissão e informações do termo de delação premiada.[67]

Eis que surge mais um problema ainda não solucionado, no caso do réu colaborador que viola o termo de colaboração e não consegue trazer ao processo as informações necessárias para a atribuição dos delitos aos corréus (e a si), seria possível sua condenação, pela prática do mesmo crime?

De acordo com a conformidade das leis, a correta interpretação é de que **não seria possível**, todavia no caso de declarações manifestamente falsas, o réu colaborador poderia responder pelo delito previsto no artigo 19º da lei 12.850/2013, de imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou de revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe ser inverídicas, e ainda sofrer repercussão em outras esferas para ser condenado a indenizar os corréus delatados.

De uma análise inicial, poderia se afirmar que se faz necessário a análise do conteúdo do depoimento com a finalidade de evitar a instauração de processo penal sem resultado prático, por exemplo, para impedir o recebimento da denúncia. Contudo, entrar no mérito do acordo

---

In: **Revista Direito em Debate**, *[S. l.]*, v. 30, n. 55, p. 215–229, 2021. DOI: 10.21527/2176-6622.2021.55.215-229. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10131. Acesso em: 25 set. 2021.

[67] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019, p. 281-282.

atualmente violaria o estipulado em lei, nossa opinião é que para ampliar as garantias dos corréus caberia o exame do conteúdo do depoimento com a finalidade de rebater a justa causa para rejeição da denúncia.[68]

Anteriormente ao advento da reforma o juiz que julgaria a causa poderia realizar audiência para celebração do acordo sem vedação de imiscuir-se no mérito, todavia com o novo regramento do parágrafo sexto do artigo 4º da lei 12.850/2013, o juiz não mais participa dos atos de negociação, que é complementado pelo §8º do mesmo artigo que informa que no caso de indeferimento da homologação, o juiz não modificará o acordo, ou seja não interferirá no mérito. Ao não preencher os requisitos legais o acordo será devolvido para ajustes, sendo assim apenas faz a realização do **controle externo** (legalidade, voluntariedade), e controle de conformidade em relação aos ditames contidos dos incisos II e III do §7º, do art. 4º da lei de controle da criminalidade organizada.

O acordo é realizado intrinsecamente entre as partes, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito, de igual maneira no processo civil, o controle do juiz é sobre a jurisdição voluntária. Como disse Fachin na PET 7074[69], o magistrado não emite juízo de valor sobre o conteúdo do acordo, seja por força do princípio acusatório, seja porque não participa das negociações, salvo os casos manifestos de flagrante violação ao ordenamento jurídico, como é o caso da fixação de penas de caráter cruel.

Ainda no âmbito da PET 7074, o Ministro Celso de Melo, afirma que o juiz ao sentenciar não pode prejudicar a situação do colaborador além do que foi negociado e homologado anteriormente, ainda que por outro magistrado. Sendo possível apenas alteração para conceder benefício maior do que foi negociado dentro do princípio do *favor rei* (já mencionado) que norteia o princípio do processo penal democrático, todavia, a modificação para prejuízo jamais pode acontecer por questão de segurança jurídica e a própria essência de vinculação que um contrato de colaboração premiada gera entre as partes.

Os atores processuais devem atuar em conjunto, ambas as partes devem sair satisfeitas com o acordo de colaboração premiada, não é uma situação de perde e ganha, ambos devem sair com algum benefício da celebração do acordo.

---

[68] Conforme visto no tópico 2.1

[69] Notícias STF, **STF conclui julgamento sobre limites da atuação do relator em colaborações premiadas,** 29 de junho de 2017, Link: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348254, acesso em: 31/08/2020.

2.3 Da desconformidade entre o conceito de prova e a colaboração premiada

O processo é um instrumento de retrospecção, dessa forma tenta reconstruir de maneira aproximada um determinado fato histórico.[70] Como **ritual**, seu objetivo é formar a cognição do julgador, diante disso, as provas são os meios através dos quais será realizada a construção do passado (crime).[71]

Daí surge a expressão trazida por alguns autores de que o juiz deve ser essencialmente um "ignorante"[72], pois desconhece o fato e terá de conhecê-lo através do arcabouço probatório. Isso não significa dizer que o magistrado será alheio a todos os acontecimentos ocorridos no mundo dos fatos, apenas que para valorá-los dentro dos processos em que atue deverá aplicar de maneira sistemática o conteúdo das regras processuais penais observando principalmente o núcleo das garantias constitucionais para proferir suas decisões dentro do que preconiza o direito positivo.

Assim legitima-se a prestação jurisdicional em observância aos axiomas garantistas descritos por Ferrajoli, observando a construção da prova e todo o seu percurso, dentro das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Sobre a prova penal, assim leciona Távora e Alencar:

> A doutrina, tradicionalmente, classifica a prova. Longe de ser uma descrição fundada apenas em um juízo estético de beleza, aquele nexo – juízo entre um conceito abstrato de conformação e de empiria- rela ciona o conceito axiológico de plenitude ou não plenitude para fins condenatórios com elementos que aptos ou inaptos a possibilitar cognição, conhecimento de um fato, a partir de critérios epistemológicos, científicos, transcendentes à mera opinião, *doxa*.[73]

Nesta linha, existe distinção entre prova plena[74], semiplena e não plena, a primeira preenche os postulados para formação do juízo de certeza, as outras duas não; o juízo de certeza é formado pelo nexo entre a estrutura de adequação científica e os elementos constatáveis ao longo do percurso probatório, é necessário que os conceitos sejam integralizados em sentido

---

[70] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.. P 341
[71] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 341
[72] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 342
[73] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp** - Entre Aspas, v. 6, 2020, p. 182.
[74] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 115.

objetivo, que é o argumento que se infere a produção probatória, e subjetivo (aletheia), que encerra o desenvolvimento da convicção.[75]

Alencar, inicia o estudo da prova a partir do reconhecimento de uma metodologia específica para melhor organizar o quadro, a "metodologia da prova" que tem o objetivo de estabelecer uma estrutura (sintaxe) dos seus elementos centrais. Isto por considerar que o termo prova possui diversos significados, então a melhor estratégia seria aquela que delimita suas possibilidades de sentido.[76]

O conceito de prova (*scricto sensu*) adotado neste estudo, traduz-se em elemento empírico -digital, visual ou intelectivo- sobre fato penal, apresentado ao conhecimento de um juiz, por um legitimado, com observância do direito ao contraditório, com o objetivo de influenciar o seu conhecimento, em conformidade com o direito positivo.[77]

Neste diapasão pode se depreender que as partes possuem um direito à prova, não se reduzindo ao mero direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas de exercer persuasão sobre o convencimento do juízo, referida influência entretanto não é genérica e também não é seu único objetivo consoante a linha defendida por Taruffo.[78]

Ainda, o conceito de prova penal pode sofrer subdivisão de acordo com as etapas de sua formação (**prova em sentido completo**), ou de sua possibilidade de ser considerada prova plena (**prova em sentido estrito**). Independentemente da divisão, devem passar por controle rígido sendo realizado escrutínio relativo ao seu objeto e o envolvimento dos sujeitos processuais[79], a seguir explicaremos cada uma delas de maneira pormenorizada.

Prova em sentido completo -dinâmico- é produzida "no passo a passo", uma vez delimitado os fatos na petição inicial, com postulação realizada por quem possui legitimidade para tanto em uma petição inicial, ou seja, a denúncia pelo Ministério Público ou a resposta à acusação pelo defensor, precisa saber se é **admissível,** ou seja, se viola o ordenamento jurídico; porventura acaso a prova enquadre na teoria da prova ilícita não será admitida no processo.

---

[75] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp**, v. 6, 2020. p. 182.
[76] ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, p. 759.
[77] ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, p. 759.
[78] TARUFFO, Michele**. La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta. 2005, p. 83.
[79] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp**, v. 6, 2020. p. 184.

No entanto, abre-se parêntese para informar que a ilicitude deve ser sopesada com o princípio da proporcionalidade, isto porque, acaso a prova ilícita seja apresentada pelo réu, estaremos diante de dois valores, quais sejam, a liberdade[80] e o valor formal. Nestes casos a liberdade sempre se sobrepõe, por ser um dos principais direitos humanos de primeira geração defendidos na constituição.

Na admissibilidade, uma vez deferidas -recebimento da denúncia/ resposta à acusação, as provas são inclusas no processo, a decisão pode vir a nulificar o ato aquisitivo da prova, aplicando-lhe a nulidade absoluta, ou inexistência jurídica[81]. A nulidade recairá sobre o ato aquisitivo e por último poderá ser invalidada, suprimindo os efeitos da validação sendo determinado o seu desentranhamento como descrito por Franco Cordero.

Observa-se dentro deste panorama a **relevância**, se a prova é relevante ou não tem que estar descrito na petição inicial, se não estiver bem delimitado inexistirá parâmetro objetivo para aferi-la. Na etapa da produção, é observada a **confiabilidade**, ou fiabilidade[82] como é a nomenclatura adotada por Geraldo Prado, este percurso probatório no processo criminal impõe que o juiz sempre observe a denúncia como duvidosa, com certo grau de ceticismo, diante dos *standards*[83] probatórios contidos em nosso ordenamento que serão estudados ainda neste capítulo; isto porque a regra de julgamento é a absolvição, há sobreposição do valor da liberdade em concomitância com o princípio da presunção da inocência, posteriormente é que observando a delimitação dos fatos de maneira coerente e se a produção probatória ocorreu de acordo com o regramento legal é que poderá ser proferida sentença penal condenatória.

Referida etapa passa sob a submissão do contraditório judicial que pode ser antecipado (prévio), concomitante, como é o caso do *cross examination*[84], ou posterior (geralmente os incidentes documentais); relaciona-se com o artigo 155 do Código de Processo Penal, que dispõe que o magistrado não poderá fundamentar sua decisão de maneira exclusiva nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

---

[80] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 282.
[81] Ver item 4.2
[82] PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmico**s: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 77 e segs.
[83] MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Rio de Janeiro, 2009, Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. p. 88.
[84] Modelo de interrogatório de maneira cruzada, diretamente pela iniciativa das partes com controle do magistrado.

É imperioso mencionar que deve ser observado que também neste sentido dinâmico, a prova também tem que ser confrontada desde a **fonte** -origem- para ser transformada em **argumento**, que é quando será convertida em norma jurídica pela sentença, esta seria a etapa da **avaliação**.

Prosseguindo, na avaliação que ocorre de forma rigorosa, a prova é reduzida a argumento na sentença com a descrição do resultado da prova, submetida à lente normativa, vai das premissas a conclusão, haverá prova em sentido completo depois de transformada em sentença, e esta deve carrear e escrutinar todas as provas, este é o trajeto retrospectivo da sentença que descreve suas etapas -procedimento.

Concluído este primeiro conceito (prova em sentido completo), que ao nosso ver é insuficiente para contemplar o sentido da prova no processo penal brasileiro, mas que já pode ser utilizado para afastar o valor probatório da colaboração premiada, passaremos a abordar aquele adotado por este estudo. Consideramos que é fundamental que todos os elementos probatórios envolvidos sejam observados sob à luz do conceito de **prova em sentido estrito - sentido estático-**, uma vez que a **prova plena**[85] não deve possuir apenas o sentido dinâmico. Referida teoria sobre a prova é adotada para que possamos diferi-la dos elementos de informação, sendo importante para que seja evitado que qualquer elemento processual possa ser considerado prova sem que haja prudência do intérprete na sua análise.

O direito, e por consequência o processo criminal, embora seja um objeto situado no âmbito do conhecimento cultural (objeto da cultura), utiliza-se de alguns elementos dos objetos naturais, em especial da relação de causa e efeito. Daí extrai-se a máxima de que é mais importante que haja a delimitação do fato do que propriamente a produção de qualquer ato processual.

A diferenciação entre elementos de informação, meio de prova, meio de obtenção de prova ou técnicas especiais de investigação, são realizadas justamente para se descobrir as consequências jurídicas de cada instituto. Desta forma, inicialmente a parte tem o dever de delimitação correta dos fatos, que pode ser encontrada na denúncia, lá é que está posto o tema a ser provado (*thema probandum*), coincidindo com a própria causa de pedir (*causa petendi*).

Causa de pedir pode ser nuclear central, causa próxima ou causa remota. Sendo que causa próxima refere-se a narração jurídica, uma subsunção realizada em relação aos contornos

---

[85] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p.115.

que estão no inquérito policial e na investigação penal; e a causa remota os elementos circundantes, demarcando todas as demais etapas probatórias, logo se a petição inicial é mal feita, se produz prova penal deficiente.

O primeiro ponto do sentido estático de prova, é a sua postulação por **iniciativa das partes**[86], explica-se, apesar da medida estar suspensa por decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, ficou clara a adoção legislativa atual de que o juiz não pode atuar probatoriamente de forma substitutiva ao órgão de acusação, sendo o sistema processual penal brasileiro acusatório (art. 3º-A do CPP), fora disso há desequilíbrio na relação jurídica, uma vez que além do Ministério Público o juiz era responsável por buscar provas para a condenação; a nova sistemática limita a atuação do juiz para diminuir a busca da produção de atos de ofício. Em verdade, nosso ordenamento jurídico somente admite assistentes do Ministério Público na forma descrita nos artigos 268 a 273 do CPP, e ainda assim não de maneira principal.

Dando continuidade ao conceito da prova em sentido estrito, esta deve ser levada ao destinatário (direto) das provas, que é o magistrado, devendo este ser imparcial, ou seja, "desinteressado" na produção da prova. Como visto, o juiz não deve ser um ignorante sobre o conhecimento que se deve ter em relação aos fatos, todavia não deve ter uma inclinação antecipada sobre seu julgamento, se antes do processo ser iniciado já existe a previsível resposta de que um dos lados será beneficiado, temos um juiz que toma partido indevidamente, portanto parcial.

É importante salientar que esta inclinação não se reporta ao fato de que o julgador deve analisar os atos com observância aos pilares do processo penal democrático como o da presunção de não culpabilidade, na dúvida, temos que reconhecer de maneira efetiva que o réu deverá ser favorecido, é a lógica do sistema.

Deve ser reconhecida a importância dos elementos da prova penal, já descritos sob o critério empírico, que pode ser inclusive material, digital ou intelectivo; estes se são produzidos apenas no inquérito policial não podem ser mais que **elementos de informação**, recebendo uma consequência jurídica menor.

A esse respeito, nossa opinião sobre o *onus probandi* no ordenamento jurídico brasileiro, é que este possui artigo de constitucionalidade duvidosa, consoante a leitura do artigo 156 do CPP que informa que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo facultado ao

---

[86] ROSA, Alexandre Morais da. **Procedimentos e nulidades no jogo processual penal**: ação, jurisdição e devido processo legal. Florianópolis: Empório modara, 2018, p. 113.

juiz **de ofício** ordenar mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Isto porque como já visto, estamos diante do postulado da presunção da inocência, devendo o ônus da prova recair de maneira única e exclusiva sobre o Ministério Público, a este é que há o dever de comprovação do juízo de certeza, sendo indevido argumento sobre o suposto dever da defesa de provar um "álibi". Demais disso existe falácia sobre o fato de o juiz produzir prova para inocentar o réu, uma vez que em caso de dúvida já está prevista a possibilidade de absolvição do acusado -*in dubio pro reo*[87].

A petição inicial demonstrará o **sujeito da prova**, que é pessoa ou coisa da qual se emana a informação, delimitando o **objeto da prova**[88], que é a informação demarcada do aspecto relevante sobre o que vai recair a atividade probatória. Sendo a última característica da prova em sentido estrito o **objetivo de influir na convicção** do magistrado, isto somente será possível de forma aperfeiçoada juridicamente com a participação da parte hipossuficiente, em sentido isonômico (presunção da inocência).

Assim Alencar e Távora melhor sintetizaram o conceito:

> (...) prova em sentido estrito requer: presença do juiz competente, iniciativa autorizada pelo sistema acusatório, acatamento aos direitos fundamentais – notadamente, o contraditório e a defesa ampla com debate efetivo das partes-, inexistência de vedação constitucional, respeito ao procedimento legal previsto, aptidão para influir na decisão judicial, não somente sob o ponto de vista subjetivo, mas objetivo, sob a forma de argumento válido (conforme o sistema) e científico (verdadeiro).[89]

Assim, ao realizarmos o confronto entre a colaboração premiada em sua modalidade de delação trazida pela lei 12850/2013 e os conceitos sobre prova, verificamos que ela possui na palavra dos autores supramencionados o valor "metaforicamente reduzido em 3 vezes ao cubo"[90]. Esta redução de seu valor probatório veremos a seguir.

Primeiramente, da interpretação do Código de Processo Penal obtemos que o resultado de uma confissão -isolada- tal qual o depoimento de delação, jamais poderá justificar uma condenação, pois assim preconizam os dispositivos do aludido digesto: i) Quando a infração deixar vestígios, será indispensável exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado; ii) O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser

---

[87] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 97-98.
[88] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. SCARANCE FERNANDES, Antônio. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. P. 114
[89] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp**, v. 6, 2020. p. 185.
[90] *Idem*

interpretado em prejuízo da defesa; iii) O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância; iv) O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. v) A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto. Esta é a redação *ipsis litteris* dos artigos 158, 186 parágrafo único, 197, 198 e do artigo 200 respectivamente, todos do CPP.

Nesta senda, a colaboração premiada tem sua fonte e é parcialmente similar ao de uma confissão de corréu que a outrem lhe imputa coautoria, não pode ser considerado um depoimento de testemunha – prova testemunhal - necessitando de corroboração interna e externa com outros elementos. A confissão, como se sabe deve possuir baixo valor probatório (vide parágrafo anterior), e ainda inferior, pois como se nota existe inegável interesse em atribuir culpa a terceiro para livrar-se de punição. Assim a lógica impõe que o depoimento de um réu contra o outro carece de base científica verdadeira (episteme), pois o instituto tem problema em sua origem na problemática da relação de direito material entre os coimputados apontados como protagonistas da infração penal.[91]

De maneira secundária, o artigo 155[92] do Código de Processo Penal já mencionado, nos traz que os elementos obtidos fora do processo penal não podem, sem corroboração, fundamentar uma condenação.

Somado a isto a colaboração premiada é **realizada sem contraditório judicial**, efetuada inclusive sem a presença do juiz durante as negociações, é o que preconiza o §6º do artigo 4º da lei 12.850/2013. Conforme já fora observado, a participação do juiz na formação da prova é condição indispensável para preenchimento dos requisitos da prova em sentido estrito[93]. Outrossim, o ato é ocorrido sem garantia de publicidade, em franca incongruência com o art. 93, inciso IX da Constituição federal.

E por último a lição de Vasconcelos:

---

[91] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp**, v. 6, 2020. p. 185-186

[92] Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

[93] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011 p. 115

> Em atenção as fragilidades da colaboração premiada como técnica especial de investigação, é que fora criado dispositivos com a finalidade de limitar seu alcance, impondo-se regra de corroboração. Por reconhecer a reduzida confiabilidade nas declarações do delator, uma vez que a condenação não se pode embasar exclusivamente em suas versões incriminatórias.[94]

Daí que surge a regra do §16, artigo 4º da lei 12.850/2013, que não permite que as condenações sejam proferidas tão somente com base no depoimento do colaborador; a este raciocínio posteriormente foram incluídas a impossibilidade de deferimento de medidas cautelares e recebimento da denúncia pela lei 13.964/2019, consoante já era discutido como hipótese deste estudo.

Este é um controle que protege o próprio julgador de si[95], o critério legislativo também demonstra a preocupação com a atuação judiciária uma vez que demonstra a possibilidade de falha humana ocorrida por erro judiciário.

Diante de todos esses pontos, rechaça-se a opinião produzida por parte de setor da doutrina[96], que informa que na maioria das vezes o depoimento do delator seria confiável, possuindo fidúcia até mesmo maior que a da simples testemunha.

Referido posicionamento, traz que a testemunha é pessoa desinteressada na resolução da lide penal, e que não raramente verifica-se desvios dolosos nos depoimentos testemunhais, uma vez que a retratação de falso testemunho é admissível e que neste caso a sanção jurídica já seria de extinção de punibilidade, quando muito, se provada a mentira haveria condenação à pena privativa de liberdade que diante da dosimetria regular aplicada aos casos seria substituída por sanções restritivas de direito.[97]

Por outro lado a situação do colaborador seria oposta, pois a sanção jurídica que despontaria de sua mentira ou omissão poderia lhe custar o prêmio e os elementos de prova seriam usados contra si e terceiros, além do pagamento de multas, perda de bens, liberdade, prestação de serviços a comunidade, limitações de finais de semana, monitoramento eletrônico -esta que é "a marca de que é um criminoso"- e que por isto a melhor hipótese seria de não

---

[94] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 251

[95] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp**, v. 6, 2020. p. 187

[96] SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. **Colaboração premiada**: a palavra do colaborador como meio de prova e a busca da verdade. 1ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P.115-120.

[97] SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. **Colaboração premiada**: a palavra do colaborador como meio de prova e a busca da verdade. 1ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2021. 115-116.

mentir em hipótese alguma[98], como já visto isto é falacioso, a experiência e a pesquisa demonstra que a perspectiva de prêmio é fator principal para livrar-se de culpa ou procedimento criminal "a qualquer preço".

Vai além, ao informar que delatar é contrário a natureza um humana, pois "fofoqueiro é pessoa malquista", logo sua imagem é a de infrator assumido, trazendo para si o ódio dos delatados, passando por longas entrevistas com os investigadores que podem durar meses e que suas famílias sofreriam críticas implacáveis da sociedade, tudo para poder ter uma chance de recomeçar sua vida. Neste sentido, o colaborador reestabeleceria a ética ao se narrar a verdade.[99]

Além da ausência de rigor científico, os argumentos nos parecem rasos, a mera implicação de que existe tipo penal para punir aqueles que não honram o compromisso com a verdade que está prevista no artigo 19 da lei de controle do crime organizado, não é bastante para trazer ao imputado o receio de prestar falsas declarações em contraponto a sanção premial, é apenas ato de fé ao simbolismo penal.

2.4 Baixa Compatibilidade entre as garantias fundamentais e o acordo em matéria penal

A colaboração premiada tem a confissão como cerne de seu conceito, sendo assim, para obter a sanção premial, o colaborador fica obrigado a elucidar todas as questões sobre os fatos cuja sua participação possa ter se dado em maior ou menor relevância.

A questão é que ao revés de lhe ser garantido o direito ao silêncio, o celebrante o informará que acaso o réu colabore na delimitação fática de maneira eficaz, poderá ter a pena reduzida ou gozar do benefício de sequer sofrer com o oferecimento de denúncia[100], neste sentido o §14, do art. 4º da lei 12.850/2013 informa: "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." Configurando violação a máxima *nemo tenetur se detegere*, garantia da não autoincriminação.

Alencar aponta a problemática de que outros efeitos negativos podem surgir desta questão, todo imputado, independentemente ou não de se encontrar sofrendo medidas restritivas

---

[98] SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. **Colaboração premiada**: a palavra do colaborador como meio de prova e a busca da verdade. 1ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2021-116. p. 115-116

[99] SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. **Colaboração premiada**: a palavra do colaborador como meio de prova e a busca da verdade. 1ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P.118

[100] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp**, v. 6, 2020. p. 186-187.

de liberdade, pode confessar. Assim, encontra-se diante da possibilidade de ser realizada chantagem, e na hipótese de prisão provisória sem base cautelar (art. 283, CPP), está diante da violação de outra garantia fundamental, a de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", conforme previsão do art. 5º, inciso LVII, CF/88.

Seguindo assim os passos naturais da prova para aferir a licitude de uma delação e sua consequente valoração, deve ser observado se os elementos da confissão voluntária estão preenchidos sem que tenha havido coação ilegal do delator, isto é, desde a fase inicial o delator não pode ter sido compelido por intermédio de prisões ou outras medidas aptas a influenciar em sua higidez mental, que produziriam alterações no elemento volitivo capaz de fazer que com isso abra mão de seus direitos para cessar as medidas constritivas de sua locomoção.

Um dos requisitos objetivos do procedimento referente a colaboração premiada é a voluntariedade[101], a isto se antecipa que a cooperação deve ser realizada sem interferências externas, pressões ou tratamentos desumanos, ocorrendo de forma livre respeitando-se o elemento volitivo do agente. A violação da vontade configurará consequência jurídica de nulidade absoluta ou inexistência[102], conforme será aprofundado em item específico.

O pacto realizado entre os envolvidos no acordo custa caro as garantias individuais fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição Federal, além disso a sistemática deste modelo de cooperação viola regras processuais notadamente no que se refere a antecipação do material probatório sem observância de contraditório judicial, descumprindo regramentos do devido processo legal e a regra de publicidade característica aos atos jurisdicionais.[103]

---

[101] Seção 3.5 deste estudo

[102] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp**, v. 6, 2020. p. 185. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 221.

[103] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp**, v. 6, 2020, p. 187.

2.5 Correlação entre o *standard* probatório e colaboração premiada

Em um primeiro momento, a definição de *standard* probatório, refere-se a "suficiência" necessária da prova em matéria penal para que possa ser possível promoção de juízo legítimo que confirme a hipótese acusatória. Vasconcelos aponta que existe clara lacuna normativa e insuficiência doutrinária e jurisprudencial no Brasil a esse respeito[104].

Não é a proposta deste estudo analisar a possível adoção de critérios estrangeiros ou implementação de novos institutos para sanear a valoração dos elementos de forma geral no nosso ordenamento; enfrentaremos então o modelo negocial com inferência daquilo que se encontra positivado sobre a matéria.

Por outro lado, o vetor de julgamento criminal[105] como é chamado por Alencar e Távora, também constitui limite ao exercício do poder punitivo, na medida em que dá diretiva comportamental ao magistrado que julgará a matéria. Novamente, o Código de Processo Penal traz os limites para o uso do instrumento legal nos seus artigos 386, e 415, que possuem os trilhos legais das sentenças absolutórias do rito comum e de júri respectivamente. Daí que é extraída a inteligência de que a condenação é subordinada ao regramento absolutório na formação do juízo.

A obediência aos princípios constitucionais em matéria penal serve como forma de legitimação do *jus puniendi*, uma vez superada a dicção do pressuposto absolutório para que haja formulação de juízo de certeza condenatório com a consequente produção de argumento na sentença, é necessário o reconhecimento do valor pleno da prova (prova plena), que são melhores traduzidos no binômio de **necessidade** e **suficiência**. Logo, os requisitos legais à condenação podem estar preenchidos, todavia também devem ser suficientes uma vez que podem ser desprovidos de credibilidade.[106]

Assim, o artigo 387 do CPP traz o conteúdo legal que deve ser inserido pelo magistrado quando for proferida sentença condenatória com fundamento no binômio supramencionado, aplicado de maneira supletiva ao artigo 386 do CPP, pois a regra é a absolvição.

---

[104] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. In: **Revista Direito GV** [online]. 2020, v. 16, n. 2

[105] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp** - Entre Aspas, v. 6, 2020. p.188.

[106] *Idem, ibidem.*

Assim fazendo correspondência com o nosso exame acerca do que é prova e colaboração premiada, esta possuirá valor inferior aos elementos de informação do inquérito policial, não servindo para juízo de certeza com base nas seguintes conclusões: i) os dispositivos legais já preconizam seu baixo valor, diante da baixa compatibilidade com as garantias fundamentais irrenunciáveis; ii) Seu próprio texto legal traça que ela deve ser obtida sem contraditório e de maneira clandestina na acepção jurídica do termo, pois possui publicidade restrita (violação da publicidade dos atos jurisdicionais), e dificulta a defesa do delatado, uma vez que esse só toma ciência depois de ser citado ou sofrer medida de restrição à liberdade de locomoção ou ao patrimônio.[107]

2.5.1 Verdade e colaboração premiada

Prolongado é o debate sobre verdade em matéria penal, Taruffo informa que a existência de regras jurídicas e limites de distinta natureza, servem no máximo para excluir a possibilidade de obter verdades absolutas, não sendo suficiente para diferenciar totalmente a verdade processualmente estabelecida e aquela obtida de maneira extraprocessual.[108]

A verdade absoluta é conceitualmente impossível de ser obtida sob qualquer aspecto, e dentro do processo não é diferente, assim a verdade relativa seria a acepção mais acertada que o termo verdade pode assumir, dentro e fora do exercício jurisdicional.[109]

Em nosso ordenamento a opção constitucional pela verdade não é um conceito aberto, e sim que sua busca seja alcançada com respeito às garantias individuais, compreendendo princípios caros como a dignidade da pessoa humana, o contraditório e a ampla defesa.[110]

Alencar e Távora acrescentam:

> "Não deveria ser – como parece acontecer –, no âmbito da seara do pensamento econômico, a proposta tentadora: "diante da dificuldade em provar, especialmente os crimes econômicos, vamos desistir da prova? Vamos desistir da verdade baseada em critérios racionais? É muito caro o processo criminal, vamos

[107] *Idem, ibidem.*
[108] TARUFFO, Michele**. La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta. 2005. 24-25
[109] MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Rio de Janeiro, 2009, Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. p.17
[110] NICOLITT, André**. Manual de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p.691.

> deixar isso de lado e procurar um modo mais facilitado para justificar a aplicação da pena?" Ou, em termos mais radicais: "deixemos de lado a civilização, pois isso é um sonho inalcançável!" e "voltemos à barbárie!"."[111]

Por não constituir prova plena, é natural a interpretação de que a admissão deste tipo de acordo como tanto seria incapaz de subsumir a verdade formal dentro do espectro das garantias constitucionais, logo não é possível por meio desta fundamentar juízo de certeza sobre a condenação, ocasionando um confronto com a estrutura acusatória, pois apesar de o processo ser movido pela iniciativa das partes, o proponente buscaria métodos de obtenção de prova com base num critério de análise econômica da viabilidade da proposta[112], o que é flagrantemente inconstitucional, não pode o ente estatal vilipendiar direitos tomando por base a análise de redução de custos e relações de custo-benefício como se fosse uma relação comercial, deve ser observado portanto que no processo penal, instrumento que visa resguardar o direito à liberdade, a análise econômica não deve ser utilizada como via de imposição de medida restritiva sancionadora.

2.6 Notas finais sobre o capítulo

Com tudo o que foi visto, reafirmamos a hipótese apresentada no capítulo que não é possível a prolação de sentença penal condenatória, imposições de medidas cautelares e recebimento na denúncia com base isolada no depoimento do colaborador.

Isto porque o instituto não se relaciona com o conceito de verdade e não possui consonância com as garantias fundamentais diante da suspensão compactuada de direitos fundamentais irrenunciáveis; demais disso não é possível atribuir a delação premiada valor probatório diante dos conceitos de prova apresentados.

Sendo um dos institutos mais dinâmicos do ordenamento jurídico, vemos com bons olhos a reforma da lei 13964/2019 que teve a necessidade de reafirmar que o instituto não pode ser admitido para fundamentar as decisões de admissão sob análise, consoante nova redação do §16, art 4º da lei 12850/2013, sendo pontual ao trazer mais segurança jurídica aos operadores do direito, entretanto, ainda existem barreiras judiciais para sua correta implementação e alinhamento deste modelo de justiça negocial ao disposto no sistema processual penal disposto pela Constituição Federal de 1988.

---

[111] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp** - Entre Aspas, v. 6, 2020. p. 189.

[112] KALKMANN, Tiago. Análise Econômica da Racionalidade do Acordo de Colaboração Premiada. In: **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 469-504, jan.-abr. 2019. p. 28.

Entretanto, somente com obediência a ditames constitucionais e com reformas pontuais para coibir arbítrios estatais será alcançado um processo penal justo[113] para a correta adoção do instituto no nosso sistema, obedecida a paridade de armas[114] entre o exercício da defesa e a acusação, sendo necessário o reforço ao contraditório judicial nos moldes discutidos.

A reforma promovida pela lei anticrime, produziu grande alteração no que se refere a matéria de justiça penal negocial, notadamente a colaboração premiada, tendo por fim, sedimentado entendimento acerca de sua natureza jurídica, agora é possível para os atores processuais entenderem e buscarem interpretar melhor seus papéis durante a propositura de um acordo de colaboração premiada considerando seu valor diminuto; em seguida trataremos sobre os requisitos subjetivos e objetivos do acordo no capítulo a seguir.

[113] FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do "giusto processo" na Itália. In: **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai.-ago. 2017. Disponível em: http://oaji.net/articles/2017/3904-1497346649.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2020.
[114] Sobre a paridade de armas no processo penal, ver: ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Editora Fórum. 2011.

3 CORRELAÇÃO ENTRE OS REQUISITOS OBJETIVOS DO ACORDO E A IMPOSIÇÃO DE NULIDADES

Pressupostos de admissibilidade são os critérios que acabam por determinar se a colaboração premiada pode ou não ser proposta aceita e homologada; o que se deseja ao apresentar este capítulo, é informar o paradigma no qual o sistema penal deve basear-se para impedir o arbítrio da ampliação deste modelo de justiça negocial sem possuir enquadramento legal mínimo às hipóteses elencadas na lei específica, e como a interpretação dos tribunais deve obedecer ao critério lógico apresentado pelo conteúdo constitucional.

Assim, este estudo fará uso de propostas definidas por Vasconcelos[115] realizando readaptação de seu conteúdo, por guardar íntima relação com os critérios definidos nesta pesquisa, servindo como base para análise e crítica dos pressupostos de admissibilidade.[116]

Conforme apresentado no cap. 2, o §6º do artigo 4º da lei de controle da criminalidade organizada, nos informa que o juiz não poderá participar das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo, devendo este ocorrer entre o delegado de polícia, o investigado e seu defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, diretamente entre o Ministério Público e o investigado/acusado e seu defensor.

Todavia, a autoridade policial e o órgão de acusação devem seguir o imperativo normativo para observar, a possibilidade de aceite ou de propositura do acordo de colaboração ao imputado[117], impossibilitando desta forma que haja um amplo espaço discricionário apto a violar direitos subjetivos do imputado[118].

A obediência a legalidade deve ser característica dos representantes estatais, devendo isto ser observado também quando do momento da homologação pelo juiz, pois mesmo que haja consenso entre as partes envolvidas, o magistrado não poderá formalizar um acordo que contenham cláusulas ilícitas, tais como os que forneçam prêmios indevidos, ou que impeçam ao imputado o reconhecimento daquela delação que prestou de boa-fé em caso de absolvição de corréu.

---

[115] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018.
[116] *Idem*, p. 130
[117] *Idem*, p. 130
[118] ALMEIDA, Ananda França de. **A (in) compatibilidade da ampla discricionariedade do órgão acusatório, inerente ao plea bargaining norte-americano, com o princípio da legalidade no acordo de colaboração premiada**. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. Monografia III. 2017. 60p. P.46

É importante ser observado, que ainda vigora a regra da antiga sistemática do artigo 28 do Código de Processo Penal, diante da decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal realizada pelo Ministro Fux[119], ou seja, se o magistrado discordar da recusa de celebração de acordo de cooperação pelo Ministério Público, o caso seria remetido ao Procurador-Geral; independente deste entendimento, ainda é possível o reconhecimento da **delação unilateral**[120] ou que sejam aplicados os benefícios ao colaborador mesmo que sejam contrárias as manifestações do MP.[121]

3.1 Da possibilidade de delação premiada unilateral

Em regra, a delação premiada reporta-se a acordo bilateral, que pode ser anterior ao processo e que conceda imunidade (não oferecimento de denúncia) ou ainda durante o curso do processo penal ou da execução.

É importante mencionar a exceção, diante da ampla discricionariedade que o representante do órgão ministerial possui em não efetuar um acordo de delação, uma vez que pode estar em negociação simultânea com outros delatores, e acabar por favorecer um em detrimento de outrem por razões questionáveis acerca dos limites e qualificação dessa atuação.[122]

Uma das formas de controle disso é o fato de que o juiz pode reconhecer aos acusados os benefícios no curso do processo quando o MP o tenha negado, reafirmando que a colaboração destes demonstraram-se efetivas, produzindo os mesmos resultados de eventual negócio jurídico, na forma do artigo 4º da Lei 12850/2013.

Sendo assim, a delação premiada unilateral, para além da confissão, deve preencher os requisitos do artigo supramencionado para se tornar válida, isto se justifica também devido ao

---

[119] RICHTER, André. **Decisão de Fux suspende mais três pontos do pacote anticrime**. *Suspensão vale até o julgamento de mérito da ação pelo plenário*. 22/01/2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-01/decisao-de-fux-suspende-mais-tres-pontos-do-pacote-anticrime

[120] Todavia, posicionamento em sentido contrário pode ser encontrado em: MARINHO DE MELO, C. V.; NUNES DA SILVA JÚNIOR, W. Colaboração Premiada Unilateral Como Direito Subjetivo. In: **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 13, n. 2, 31 mar. 2021. p. 143

[121] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018. P. 131

[122] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 125.

fato de que também possa existir arrogância por parte dos negociadores do Estado que acabem por optar pelas negativas de aceitação das propostas de acordo, desse modo garante-se **isonomia entre os colaboradores**[123], independentemente do momento processual em que for reconhecida a efetiva cooperação.

Isto acrescenta mais uma forma de controle do instituto, ao estender ao delator unilateral o **direito subjetivo** que faz jus diante dos resultados obtidos para o deslinde do caso[124], é importante ser dito que a recusa ministerial deve ser sempre motivada, sob pena de tornar o MP o "dono absoluto e abusivo da ação penal", como é o caso da discricionaridade absoluta do modelo norte americano.[125]

Este foi o caso do julgado nos autos nº 0008413-34.2010.4.01.380, da 4ª Vara criminal de Minas Gerais, onde foi interpretado no momento da decisão que os efeitos das delações homologadas em face de outros investigados deveria ser estendido no caso para os delatores unilaterais na mesma proporção, considerando uma "garantia inerente aos acordos dessa estirpe para preservação do instituto e segurança quanto aos benefícios ajustados", uma vez que referida decisão reconheceu que não teriam sido conhecido os fatos se os envolvidos processados não tivessem prestado sua delação com a apresentação de documentos e outros detalhes, impôs-se então o perdão judicial dos delatores.[126]

O posicionamento deste estudo não objetiva descartar o papel do Ministério Público como celebrante nas negociações, apenas que exista limitação de sua atuação de acordo com o **princípio da boa-fé**, para que não haja manipulação contratual; de outro lado sabe-se que o objetivo da delação premiada é alcançar o mais alto operador da organização criminosa, admitindo-se gradação de delatores especialmente devido ao fato de que o primeiro a delatar deve receber melhores prêmios, todavia isso não exclui a possibilidade dos demais envolvidos terem a possibilidade de prestarem sua cooperação corroborando as informações e atingindo resultados similares.

A única coisa que não faria sentido, era se todos os membros da organização criminosa delatassem e ninguém fosse punido, razão pela qual ainda deve ser analisada cada colaboração

---

[123] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 125-126
[124] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 126
[125] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 126
[126] Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/decisao-colaboracao-unilateral-mp.pdf

e dosimetria de acordo com o caso concreto, daí a importância de ser reconhecida pelo juiz a colaboração em face de seus efeitos, em desconformidade com a isonomia de tratamento dada eventualmente pelos celebrantes.[127]

3.2 Dos postulados de adequação/idoneidade do acordo de cooperação

Sendo a colaboração premiada um negócio jurídico processual e **meio de obtenção de prova**, pressupondo utilidade e interesse público, consoante a redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019, faz-se mister a imposição de um pressuposto relativo a relação direta entre o meio empregado e o fim perseguido, ou seja, **a demonstração da possibilidade da contribuição realizada pelo imputado ser efetiva e o que se pode obter disto**.[128]

É importante mencionar que o depoimento ofertado e os elementos apresentados pelo colaborador durante o inquérito ou procedimento investigativo criminal *ab initio* somente poderão ser verificados quando houver o recebimento da denúncia do processo, isto é, o acordo deve demonstrar o potencial benefício da delação à persecução penal[129], contudo este possível benefício deve estar demonstrado antes do protocolo da denúncia, haja vista a alteração do parágrafo 16 do artigo 4º da lei 12850/2013, que veda o recebimento de denúncia com fundamento apenas nas declarações do colaborador.

Deve ser trazido em consideração que este entendimento apesar de ter sido inscrito na lei, **ainda sofre resistência por parte dos tribunais**, há inclusive caso de decisão contida nos autos do HC 187.277/TO julgado em junho de 2020, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski que faz remessa a julgado neste sentido; este debate será oportunamente apresentado no capítulo 4 desta pesquisa.

O conteúdo dos depoimentos colhidos numa colaboração premiada, **são insuficientes para recebimento de denúncia** sem que haja outros elementos, impondo-se na sistemática atual o reconhecimento de que deve haver arquivamento da investigação se eles não forem

---

[127] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 129-130

[128] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018. P. 132

[129] DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n. 1, 2018. 107-144P. p.132-133.

encontrados[130], foi necessário promoção de reforma legislativa com essa finalidade, mas a jurisprudência continua remansosa neste sentido, realizando uma abertura para possibilitar cada vez mais espaço para o avanço da justiça negocial sem observância dos critérios legais apontados a seção 2 desse estudo.

Observa-se uma grande dificuldade no que se refere ao pressuposto da adequação do acordo de colaboração premiada, pois a correlação entre a pertinência do acordo ao caso específico e o alvo da investigação (delatado), não pode ser discutida pelo terceiro interessado -ausência de previsão legal-, e acaba por dar mais liberdade para violações de direitos.

Desta feita, deve acontecer reforma legislativa e mudança jurisprudencial apta a amparar o entendimento de que o terceiro é sim interessado no preenchimento dos requisitos objetivos do acordo, pois guarda íntima relação com o objeto a que ser solucionado.

De igual forma, merece ser discutido a manutenção do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 127.483, pois de acordo com o referido HC a personalidade do colaborador ou sua confiabilidade não são motivos para impedir a homologação do acordo, sendo somente elementos que devem ser considerados no momento da valoração das declarações.

Deve ser reconhecido que é difícil observar a (con)fiabilidade probatória do depoimento de um delator, ou seja de um autodeclarado criminoso, todavia sendo respeitada a legalidade imposta na lei com o rigor constitucional, se torna inadmissível e completamente discricionária a possibilidade de alguém que barganhou com o estado um direito fundamental ter a possibilidade de ter seu acordo negado ou rescindido diante da sua personalidade, mesmo que apresentando de boa-fé os elementos que contribuíram com a investigação ou condenação de coimputados.

Significa dizer, sabe-se que uma colaboração premiada somente poderia ser realizada por um criminoso, então por que restaria o acordante impossibilitado de receber os benefícios quando se confere a validade do depoimento e o êxito da investigação/persecução criminal tomando por base o que foi dito?[131]

---

[130]AVILA, Thiago Pierobom de. A estrutura acusatória da investigação criminal: análise a partir da lei n. 13.964/2019. In: **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 19, n. 32, p. 1-31, 2021. P. 22.

[131] SOARES, Marcelo Negri; DA SILVA, Flávia Cassiano Barros. Delação premiada: dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. In: **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**-RECONTO, v. 3, n. 2, p. 042, 2020. p.16.

Ao que se parece, apesar de atualmente o magistrado estar vedado por lei de envolver-se nas tratativas da cooperação, este ainda pode negar o direito do delator com base em uma subjetividade que supera o livre convencimento; deve-se rememorar que todos os envolvidos com a dinâmica do processo tem o dever de obedecer a norma e o pensamento desta[132].

Este raciocínio deve ser aplicado para informar que após a renúncia do direito ao silêncio, garantia máxima de processo penal insculpida no artigo 5º inciso LXIII da Constituição Federal, o imputado que já é a parte frágil da equação judiciária, abriu mão de mais um direito e ainda pode vir a ser prejudicado mesmo tendo cumprido com sua parte no acordo por intermédio da delação, e isto é gravíssimo, pois o estado está legitimando por meio de uma decisão a possibilidade de enganar seus cidadãos -ainda que estes vivam à margem da lei-, com a falsa promessa de que se honraria sua parte no acordo.

Assim, faz-se remessa ao entendimento de que a observância a adequação ou idoneidade do acordo, reporta-se ao fato de que somente poderia ser invalidado aqueles que não houvessem elementos objetivos suficientes que indicassem que a colaboração premiada não seria o melhor meio de obtenção de prova possível, tais como o fato de que as provas poderiam ser obtidas por outro meio de maneira evidente ou destas já haverem sido produzidas.[133]

A confiança coletiva no instituto da delação premiada e não isolada somente na figura do delator, exige que seja garantida a eficácia e a intangibilidade do acordo, sob pena de cair a autoridade estatal em descrédito, neste sentido é importante mencionar que as cláusulas devem ser redigidas de modo a antecipar duplas interpretações, ou seja, sempre pautando-se a relação contratual na boa-fé, não sendo permitido a revisão para pior do acordado, apesar de ser necessária fontes autônomas de corroboração no que se refere aos corréus delatados.[134]

Sendo assim o magistrado não poderá inovar, com observância da vedação do *venire contra factum proprium*[135], devendo ser o acordo honrado dentro de seus exatos limites,

---

[132] AURÉLIO, Diogo Pires. Espinosa, Kelsen e a natureza da norma jurídica. In: **Discurso**, 45(2), 147-186p. 2015. Disponível em: https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.2015.112513

[133] MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê "Colaboração premiada e justiça criminal negocial": novos e múltiplos olhares. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>.

[134] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 343-344

[135] A expressão remete ao direito romano que informava que a ninguém é concedido o direito de ir contra o próprio ato. Sabe-se, entretanto que referida norma possuía exceções, dentro do nosso ordenamento estas podem estar depreendidas quando se está diante de vício que afeta elemento essencial do ato. Ver: SCHREIBER, Anderson**. A proibição do comportamento contraditório.** Tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016 p.180.

vedando comportamento contraditório que permitiria a homologação e depois a revisão de ofício de cláusula pactuada.[136]

A coerência interna e corroboração externa da potencialidade da colaboração premiada devem resultar no fim pretendido, a orientação conjunta nº 1/2018 do Ministério Público Federal[137], já informava que o membro do MPF deveria esboçar preocupação em analisar se os fatos apresentados pelo colaborador estariam suficientemente corroborados por outros elementos de prova, incluindo-se os externos e em poder de terceiros, ou ainda se seriam passíveis de corroboração, tendo em vista as técnicas de investigação que normalmente são desenvolvidas. Observando-se o disposto no artigo 4º, §16, da Lei 12.850/2013, verifica-se que a referida orientação, emitida antes da alteração da lei pela 13.964/2019, já demonstrava de certa forma uma diretiva de comportamento ao celebrante para as tratativas de colaboração premiada.

De certa forma não se pode olvidar o esquecimento de que com as novas regras, o *standard* probatório para fundamentar uma condenação ou até mesmo o recebimento de denúncia sofreu restrição, e com isso há a necessidade de que nesse momento inicial se apresentem outros elementos que corroborem com as declarações do colaborador para propositura da ação penal[138].

3.3 Necessidade e Proporcionalidade

O segundo pressuposto subsequente a adequação/idoneidade do acordo, seria a necessidade, isto é, a eficiência da medida em relação ao fim destinado, e o nível de restrição do direito fundamental que será restringido. Desse modo, Vasconcelos apresenta que a decisão deve ser motivada baseando-se: i) na indispensabilidade para a persecução; e b) complexidade da investigação no caso concreto.[139]

A técnica especial de investigação que consiste na delação não pode ser a regra na tentativa de elucidação em qualquer delito, a isto se reporta o caráter subsidiário da delação,

---

[136] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 345.
[137] Orientação conjunta do mpf
[138] HARTMANN, Stefan Espirito Santo. **Corroboração das declarações do corréu na colaboração premiada**. Curitiba: Juruá, 2021 p. 173.
[139] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 136.

ante o fato da prejudicialidade do avanço da justiça negocial, devido a renúncia expressa do sistema de garantias do modelo acusatório de processo penal, tais como o direito ao silêncio, assim esta deve ser portanto considerada a *ultima ratio* nos critérios daquele que está buscando solucionar os fatos dentro da investigação.

Portanto, não se pode analisar de maneira razoável processos onde a maioria dos réus contidos na ação penal são delatores, ou a promoção de delações em massa como foi o caso do ocorrido na operação lava-jato[140].

Diante disto o representante do órgão Ministerial somente deverá propor um acordo quando verificar que é inconteste o fato de que somente poderá vir a descobrir determinados elementos informativos com base na cooperação prestada pelo delator; isto se dá diante do reconhecimento da ineficácia estatal para solucionar o crime no âmbito das organizações criminosas que possuem uma sofisticação em seu modo de operar que difere das outras condutas delitivas, todavia este fato não pode ser considerado em abstrato (pela gravidade do delito), mas a partir de outros elementos que demonstrem que seria inviável a persecução pelos meios ordinários.[141]

A lógica inversa se aplica quando consideramos que se a proposta de colaboração partir da defesa de réu imputado, o Ministério Público deve apresentar fundamentação apta a justificar a recusa de realizar as tratativas do acordo, informando ao magistrado quais os elementos já obtidos na investigação e demonstrando se as diligências em andamento possuem o potencial para preencher os requisitos do recebimento da denúncia, quando do oferecimento desta dentro de prazo razoável.

Assim, terá nessa justificativa de recusa, a demonstração de que os resultados da delação proposta pelo imputado não trarão resultados que preencham o fator necessidade, justificando não ser imprescindível às investigações e ainda que não existe complexidade que justifique concessão de benefícios, por estar sendo utilizadas técnicas investigativas menos lesivas ao sistema penal, assim de maneira também fundamentada, o magistrado, poderia decidir sem intromissão nas investigações se houve ou não recusa justificada ou se houve violação de direito

[140]Notícia. **STF homologou mais de uma centena de delações no âmbito da Lava Jato.** Multas arrecadadas com os acordos somam R$ 784 milhões. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/301349/stf-homologou-mais-de-uma-centena-de-delacoes-no-ambito-da-lava-jato

[141] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018. P.137

subjetivo do potencial delator, de igual modo, se não há apresentação de motivação da recusa, deve-se presumir que esta seria necessária as investigações[142].

No que se refere a proporcionalidade como pressuposto de admissibilidade, é dizer que a melhor doutrina compreende que a aplicação do instituto da colaboração premiada deve abranger os fatos apurados em crimes considerados graves, não servindo para condutas tipificadas de médio ou menor potencial ofensivo[143], e também **buscar impedir** que o líder e principais membros de uma organização criminosa possam receber o benefício previsto em lei.

Isto pode ser verificado no §4º do art. 4º da Lei 12850/2013 que dispõe que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia, se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: i) não for o líder da organização criminosa; ii) for o primeiro a prestar colaboração premiada nos termos do artigo 4º.

Ainda assim não se enxerga referida medida de "finalidade proporcional" com bons olhos, haja vista que não obstante o fato de premiar criminoso pela prática delitiva e violação de padrões éticos mínimos, ainda se é permitido que líderes de organizações criminosas venham a prestar delação, não se entende como a satisfação do interesse público poderia ser configurada nestes casos, haja vista que o responsável por montar, operar e estruturar a máquina de criminalidade pode também colher benefício em detrimento daqueles que captou para unir-se dentro da organização, sendo por certo a sua própria conduta a mais reprovável entre as demais.[144]

Assim percebe-se que na verdade a delação premiada deve ser direcionada por aqueles que possuem uma menor relevância na estrutura criminosa, para se obter elementos de investigação aptos a comprovar a responsabilidade criminal dos demais.[145] O uso indiscriminado do acordo pode possuir um efeito penal que falhará em sua prevenção ao passar a mensagem de que os principais agentes envolvidos nos delitos praticados poderão ter uma penalidade menor do que os seus subordinados.

---

[142] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018. P. 138

[143] RIBEIRO, Sérgio Dayrell. Aspectos controversos da delação premiada. In: **Synthesis**. Revistal Digital FAPAM, v. 2, n. 1, p. 77-84, 2010. p.78.

[144] BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 122, n. 2016, p. 359-390, 2016. p.12

[145] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018. P. 140

3.4 Do pressuposto de imputação de corréus, necessidade da confissão

Como dito por Alencar e apresentado na seção 2, o acordo de colaboração premiada deve diferir-se da mera confissão, apesar de que submetido ao mesmo postulado probatório, ou seja, deve estar corroborado com outros elementos para ser capaz de ser validado e utilizado como prova para condenação dos agentes, esta é inclusive a inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal.

De acordo com os incisos do artigo 4º da lei 12850/2013, o magistrado poderá conceder os benefícios premiais ao delator premiado, dentre eles inclusive, o perdão judicial, desde que da cooperação advenha um ou mais dos seguintes resultados: a) que sejam identificados os demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais que tenham sido por eles praticadas; b) seja revelada a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa; c) ocorra a prevenção de continuidade ou novas infrações penais que decorram das atividades da organização criminosa; d) seja recuperado total ou parcialmente o produto ou o proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e por fim e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Diante dos possíveis resultados para concessão do benefício e o valor probatório do depoimento do réu delator, surge o problema de como diferi-lo da confissão se os resultados apresentados forem idênticos aos que seriam obtidos por esta; muito embora este ter sido prestado tão somente diante da possibilidade do enorme benefício premial, deve existir fator que o faça distinguir a ponto de não se tornar apenas a atribuição de culpa com a corroboração externa de elementos colhidos para fundamentar a condenação do próprio colaborador.

Deste modo, a melhor interpretação do instituto deveria ter como referência a indispensabilidade de que as provas colhidas devem de alguma forma **contribuir** para a condenação dos corréus imputados, ainda que todos estes já estejam de alguma forma identificados na investigação, aqui se fala notadamente de elementos aptos a fundamentar propositura de denúncia pelo Ministério Público, uma vez que não existe obrigação de êxito no depoimento prestado.

Em que pese a previsão legal apontar a possibilidade de concessão de benefício por resultado diverso ao da identificação de terceiros, estes elementos obtidos devem guardar íntima relação com estes últimos, uma vez que do contrário se trataria de mera confissão, devendo portanto obedecer regime específico de dosimetria penal que não os da delação premiada.

Assim repudia-se eventuais práticas de barganha no mecanismo da delação premiada[146], quando as propostas são oferecidas com a finalidade exclusiva de obter a condenação do colaborador, sendo a confissão apenas mais um elemento para formar o juízo de certeza pelo magistrado quando os elementos utilizados para condenação já estavam presentes na investigação ou foram apresentados pelo delator sem que possam ser utilizados para fundamentar condenação de terceiro.

Por outro lado, figura-se como necessária e óbvia a confissão do delator para receber o benefício do artigo 4º, isto porque, na condição de imputado pela persecução criminal promovida pelos representantes estatais, ou se admite que era membro ativo da organização criminosa explicando de maneira pormenorizada sua conduta e contribuição dentro do grupo, ou estaríamos diante da figura do *whistleblower*[147], ou seja, o agente que apenas denuncia uma prática criminosa a autoridade com a finalidade de receber premiação (em geral em dinheiro) para prestar queixa em relação a pessoas que são potencialmente criminosas.

Isto se torna problemático, pois a primeira impressão que se dá da leitura da lei de controle da criminalidade organizada é a de que não existe a palavra confissão em toda a lei, porém a interpretação sistemática pode identificar que é um pressuposto de admissibilidade cujo descumprimento pode impedir a formalização do acordo, isto porque conforme mencionado neste tópico e no parágrafo anterior, existem figuras específicas já presentes na doutrina cuja nomenclatura correta apresenta o conceito que identificam não se tratar de hipótese de delação quando alguém oferta denúncia de prática criminosa que não faz parte.

É ainda mais importante observar que se não é possível conhecer até a completa extensão a participação do colaborador na organização criminosa, como se pode formar um juízo de culpa a seu respeito? Seria hipótese onde o celebrante do acordo estaria desistindo de desvendar o crime apenas para alcançar terceiro com a declaração apresentada, deixando de oferecer a denúncia, esta lacuna pode vir a causar problemas ao processo e contribuir com a impunidade em crimes graves.

---

[146] FREITAS, Marcio dos Santos Alencar; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O abuso processual na colaboração (delação) premiada: uma visão do instituto sob a óptica do princípio da boa-fé objetiva. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 20, n. 3, 2019. p. 327.

[147] A tradução deste termo ainda não está pacificada, podemos associar ao ato de reportar dividindo-se nas seguintes hipóteses de Côrtes, que informa que *whistleblower* é o agente que: "a) expõe uma infração, ilícita ou não; b) que não tenha participado da irregularidade; c) que não tenha sido obrigado a reportar; d) que faça a denúncia em canais ou vias adequados para recebê-las e que e) tenha presenciado a infração cometida por alguém que seja de algum grupo em comum, em especial no ambiente profissional, mas sem excluir outras relações e grupos possíveis". CÔRTES, Pâmela de Rezende. A Quem Você é Leal? Motivações para o *whistleblowing*. In: **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 142-157, 2021.

Sendo assim reputa-se como essencial para o acordo de colaboração premiada, a confissão pormenorizada de todos os fatos relativos ao réu colaborador na imputação correspondente, corroborada com elementos que tragam a incriminação de terceiros, sob pena de nulidade do negócio jurídico.

3.5 Debate sobre a voluntariedade e espontaneidade em matéria de justiça negocial

Realizadas as críticas e acréscimos ao modelo de pressuposto de admissibilidade que se entende por mais próxima do ideal na estrutura do instituto de colaboração premiada, passa-se ao estudo dos requisitos de validade do acordo, que já foram iniciados no capítulo 1. Os requisitos que condicionam a validade do acordo, presentes no já citado HC 127.483/PR de relatoria do Ministro dias Toffoli, neste recurso o Supremo Tribunal Federal definiu os seguintes entendimentos de validade do acordo, primeiro que a) a declaração da vontade do colaborador deve ser resultante de um ato de vontade, com plena consciência da realidade, escolhido com liberdade, deliberado sem má-fé, e que o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.[148]

Sendo a delação premiada uma confissão e um **meio de obtenção de prova**, é necessário que seja observado o elemento volitivo do agente que dentre outros aspectos não pode estar com sua liberdade cerceada de maneira ilegal quando do momento de feitura do acordo, sob pena de ser configurada uma coação indevida[149] e notadamente caracterizar espécie de tortura (ainda que psicológica) que pode ocasionar a violação de direitos fundamentais para que o agente delate condutas e autores, estando viciado o ato em sua origem, sendo necessária a imposição de nulidade processual penal absoluta.

Assim, faz-se concordância com Osório, no tocante ao fato de que para se aferir a voluntariedade, todo o procedimento de tratativas entre o Ministério Público e investigados ou réus e seus advogados, deveriam ser filmados e inseridos nos autos para consultas dos julgadores e eventuais questionamentos pelas partes, inexistindo no processo penal e

---

[148] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 127.483** Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli, 27/08/2015 PLENÁRIO. Link para acesso encontrado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666, acesso em 31/08/2020.

[149] BOUZA, Thiago Brügger da. **Da teoria à prática: prisões cautelares, liberdades provisórias, e delação premiada** – o caso Paulo Roberto Costa. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa: Brasília, 2021. P. 79.

administrativo espaços para acordos secretos ou contatos espúrios nesta modalidade de negócio jurídico, sob pena de violação da integridade do acordo de colaboração[150].

Sendo certo que a Delação premiada deve ser produto da livre manifestação pessoal do delator, há voluntariedade quando a decisão não é objeto de coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, como a autoridade (Ministério Público ou delegado de polícia). [151]

É neste sentido que houve a criação de previsibilidade de conduta dos agentes do Ministério Público que fora norteada pela orientação conjunta nº 01/2018 do MPF[152], que demais disso deve-se basear nos princípios que norteiam a administração pública, na forma do art. 3º Caput da Constituição Federal, notadamente a legalidade, moralidade e impessoalidade.

Discorda-se de Osório quando todavia, se manifesta informando que a prisão processual por si só não retiraria a voluntariedade da colaboração, pelo fato das tratativas serem realizadas na presença de advogado[153], consoante o parágrafo primeiro do artigo 3-C da lei nº 12.850/2013, pelos motivos já explicitados e por não existir formar de mesurar as influências da custódia (ainda que provisória) sobre o elemento volitivo do agente que estava com direito constitucional de ir e vir cerceado ilegalmente.

Utilizando-se do argumento acima delineado, tece-se críticas ao posicionamento do ministro Dias Toffoli, ao destacar no HC 127.483/PR que o requisito de validade do acordo seria a liberdade do agente, e não sua liberdade de locomoção. Posicionamento adotado pela nova redação do inciso IV, §7º do art. 4º da nova redação da lei.

O sistema de barganhas processuais penais não é regra, e sim exceção aos casos previstos em lei, devendo os atos praticados seguirem uma legalidade estrita com observação da forma, diminuindo o espaço de discricionariedade do magistrado nas tratativas das delações

---

[150] OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em 31 ago 2020. P. 12

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

[152] BRASIL. **Orientação Conjunta nº 1**, Ministério Público Federal. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2020.

[153] OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em 31 ago 2020. P.13.

premiadas, ademais, não pode o Ministério Público conceder benefícios não previstos pelo sistema jurídico de maneira autônoma, guiando o processo de acordo com seus humores[154] e compelindo o delator a romper o silêncio pela perspectiva do prêmio.

Ou seja, o Membro do Ministério Público, deve informar tudo de maneira clara, para evitar potenciais vícios de erro de vontade, é importante mencionar que assim fica vedado a possibilidade de blefe, inclusive na modalidade do *overcharging*[155], que ocorre quando o promotor imputa ao réu ou aos corréus diversas condutas que maximizariam a pena em abstrato, para forçar eventual acordo de colaboração premiada com cláusulas leoninas, encontrando-se atualmente vedada a possibilidade de concessão de regime inicial da pena diferenciado nas cláusulas do acordo.

Desta forma o magistrado ao fazer o exame inicial do conteúdo objetivo poderá de plano devolver o acordo as partes para sua reformulação e adequação ao que se encontra disposto na atual redação do artigo 3º-B; antes da reforma legislativa o representante ministerial encontrava amplo espaço para discricionariedade, esta reforma acabou por tornar a relação negocial mais justa e honesta.

Entretanto, a utilização de blefes durante a negociação é um fator a ser levado em consideração no "mercado da informação", onde existe a possibilidade de se fazer uso de contrainteligência, indicando que outro investigado já estaria prestes a realizar o acordo que faria cessar a existência da sanção premial do primeiro. Deve então as partes estarem cientes das táticas e estratégias que podem ser utilizadas informalmente diante do isolamento de informações que torna dificultosa a verificação destas[156].

---

[154] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus no 84.156**. Inquérito policial - arquivamento ordenado por magistrado competente, a pedido do ministério público, por ausência de tipicidade penal do fato sob apuração - reabertura da investigação policial - impossibilidade em tal hipótese - eficácia preclusiva da decisão judicial que determina o arquivamento do inquérito policial, por atipicidade do fato - pedido de "habeas corpus" deferido. Relator(a): Min. Celso de Mello. 26 out. 2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384937. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Inquérito no 2028**. Denúncia contra senador da república e outros agentes. Pedido de arquivamento do inquérito pelo então procurador-geral da república. Posterior oferecimento da denúncia por seu sucessor. Retratação tácita. Ausência de novas provas. IMPOSSIBILIDADE. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. 28 abr. 2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8067. Acesso em: 30 ago 2020.

[155] *Overcharging* seriam "acusações infladas" fora da delimitação fática com a finalidade de coagir o agente a aceitar acordo. Como visto em: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Análise da proposta de "acordo penal" (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. In: **Boletim IBCCRIM**-Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N.318ANO 27 - Nº 318 - EDIÇÃO ESPECIAL – MAIO, 2019. p. 27.

[156] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. 378p. p. 80-81.

Quando o imputado aceita a proposta de colaboração premiada, passa a deixar de oferecer resistência[157] e adere a tese iniciada pela autoridade policial ou Ministério Público. Este é o momento no qual se inicia a verificação da sua manifestação de vontade; é praticamente impossível verificar a voluntariedade dos acordos que foram realizados antes da última alteração introduzida pela lei 13964/2019, Geraldo Prado já trazia ao debate no campo da justiça negocial que a autonomia pessoal dos sujeitos visados pelo sistema penal não possuí qualquer condição de equilíbrio apta a se exigir de qualquer pacto[158].

A priori dos acordos anteriores a vigência da lei supramencionada, possui um registro de tratativas deficiente, e em geral não foram gravados, tendo por muitas vezes ocorrido com réus presos, cujo *periculum libertatis* acabaram por "cessar de existir" quando realizaram a delação, mas até que ponto isso seria consequência lógica do firmamento do acordo ou estratégia de coação para celebrá-lo?

Ainda é curioso na forma explicada pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao se manifestar sobre a operação lava-jato[159], quando este informa que existe o caso de corréus delatores se encontrarem na mesma cela no cárcere, é dizer, tiveram muitas oportunidades de combinar depoimentos e influenciar sobre a vontade de outrem, esta questão que se reporta ao "dilema do prisioneiro", é um forte argumento contra a grande maioria das colaborações premiadas já prestadas no âmbito da criminalidade organizada até hoje.

A este propósito é importante mencionar que a insegurança jurídica causadas por decretos prisionais não fundamentados, gera um clima de pressuposições e muita incerteza, sendo a prisão cautelar e a condição coercitiva instrumento que pode servir para a criação artificial do ambiente para incidência do referido dilema.[160]

Atualmente o debate sobre a **espontaneidade**[161], parece ter sofrido uma pausa, haja vista que ainda que tenha sofrido alterações, o inciso IV do art. 7º da lei 12.850/2013, ainda reporta-se a voluntariedade da manifestação de vontade, com a observância dos casos em que o colaborador está ou esteve sob influência de medidas cautelares.

---

[157] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018. P. 149

[158] PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P.31.

[159] Canal Migalhas. "Ricardo Lewandowski critica uso da colaboração premiada na Lava Jato". Publicado em 24 de jun 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=3fNLwhQrRHA

[160] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 81

[161] DINIZ, Natália Raugusto. A utilização da prisão preventiva como meio de alcançar a colaboração premiada. In: **Caderno Virtual**, v. 2, n. 44, 2019. P.22

Silva, ainda aponta que este é dos pontos mais sensíveis de se aferir na prática, diante da grande possibilidade de serem realizados constrangimentos para se obter uma colaboração eficaz[162], a espontaneidade reporta-se ao fato da iniciativa da tratativa de colaboração premiada partir da **livre manifestação de vontade do colaborador**, sem influência de interferências alheias; analisando o texto da lei pós-reforma, verifica-se a opção legislativa em abordar tão somente a voluntariedade, sendo a espontaneidade não exigível.[163]

Parece indiscutível no âmbito doutrinário que uma prisão ilegal que culminasse na celebração de uma delação faria com que este fosse inexistente, impondo-se inclusive a reforma de eventual decisão homologatória sob o regime de nulidades; isto porque o juiz deveria recusar homologação à proposta que não atendesse requisitos legais, sendo esta recusa fundamentada descrevendo-se o vício da qual decorre a invalidação do ajuste.[164]

Para discutir o ponto das prisões cautelares serão apresentados os argumentos legais e doutrinários que fundamentam estas medidas de coação que possam ocorrer antes e durante o processo à luz do princípio da proporcionalidade, uma vez que, sendo esta comprovadamente desarrazoada no momento do decreto prisional, estaria eivada de nulidades.[165]

3.5.1 O dilema das prisões e a colaboração premiada

Assim, num primeiro momento, não necessariamente uma medida cautelar que seja revogada por tribunal superior ao responsável que deferiu a medida poderia ser considerada constrição ilegal capaz de invalidar acordo de cooperação, se no momento do decreto as razões forem suficientes e isto seja considerado na decisão de reforma/revogação, ou seja, deve-se nesse processo cognitivo ter a ciência que a medida foi realizada com o preenchimento de requisitos legais **quando foi determinada**.

Devido a impossibilidade do imputado medir forças com o aparelho estatal, é que se tecem críticas a respeito da delação premiada de réu preso, uma vez que na hipótese de uma prisão ter sido decretada sob os fundamentos de garantia de ordem pública, conveniência da

---

[162] SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 57

[163] ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 15. Rf. Reestrut., revis. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P.1019

[164] ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 15. Rf. Reestrut., revis. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P.1019

[165] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 585-586.

instrução criminal ou até mesmo perigo na liberdade do agente que acabem por ser revogadas por liminar de tribunal superior dentro de um curto intervalo de tempo -um ou dois dias por exemplo, é no mínimo discutível um acordo realizado dentro desse período.

Como seria possível justificar que os requisitos da medida cautelar extrema estavam presentes, todavia misteriosamente após prestar declarações não mais estariam preenchidos os requisitos que fundamentaram o decreto prisional?

Para evitar e coibir abusos, sabendo-se da enorme dificuldade de verificar isto no caso concreto, é que se propõe como medida de corte a possibilidade de agentes sofrendo medidas de constrição no seu direito de ir e vir tenham a possibilidade de realizar delações premiadas, **principalmente se a iniciativa partir daquele que requereu a sua prisão**, para enxergar a situação com clareza é que se foi proposto o exercício do parágrafo acima, ou seja, em qual circunstância seria razoável olhar decisão de revogação de prisão dentro de curto intervalo, emitida um dia depois onde o acordo teria sido iniciado, ainda que se entenda que a fundamentação da decisão é de livre convencimento do magistrado, o rigor formal do juízo de cognição restaria bastante prejudicado para tecer argumento retórico que validasse a prisão do dia anterior, apenas para revogá-la após a colheita de declaração do delator, **a presunção de legalidade dos atos estaria sofrendo até mesmo no campo da hipótese**.

O princípio da proporcionalidade em matéria de prisão processual, seguindo a linha proposta por Barros, deve ser utilizado para verificação de decreto de prisão processual, observando se este é suficiente e constitucional por consequência, mediante a análise dos seguintes requisitos: a) se estão presentes, cumulativamente, prova de materialidade e indícios suficientes de autoria; b) se inexiste causa impeditiva de prisão, ou seja, se estão presentes os requisitos previstos em lei; e c) fazer o exame da proporcionalidade.[166]

A este exame de proporcionalidade Barros propõe o seguinte roteiro: i) qual o fim pretendido, se é legitimo e se utilizando-se deste meio (prisão cautelar) este fim será alcançado; ii) se as medidas cautelares substitutivas a exemplo das referenciadas no artigo 319 do Código de Processo Penal não são suficientes para obter o mesmo resultado; iii) se este fim é importante

[166] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018 p. 148.

a ponto de justificar restrição da liberdade e outros princípios constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana ou da excepcionalidade da prisão processual.[167]

O primeiro passo seria verificar se a medida de restrição afeta direito fundamental do destinatário, a que o autor chama de subsunção *prima facie*. No caso da prisão cautelar a verificação torna-se simples, pois existe restrições a liberdade (direito de ir e vir), presunção de inocência, direito de trabalhar, à convivência familiar, dignidade da pessoa humana e outros que devem ser analisados em cada caso concreto.

Após isso, deve ser realizada análise no tocante ao fim pretendido e sua legitimidade; um tema controvertido é o debate referente a **garantia da ordem pública**, para alguns autores a referida garantia não possui adequação ao sistema penal, pois a prisão sob este argumento não teria cautelar processual, sendo, inconstitucional.[168] Sendo certo que o termo é vago e possibilita restrição da liberdade pelos mais diversos motivos, o que fere a presunção de inocência.[169]

Neste sentido, adotamos a postura intermediária, que interpreta a garantia da ordem pública como expressão de tranquilidade e paz no seio social, sendo este argumento utilizado para evitar que o agente permaneça delinquindo, se houver risco de demonstração que a liberdade do infrator possui o provável risco de continuar delinquindo, todavia este risco tem de estar demonstrado, longe de argumentos genéricos sobre ter uma personalidade voltada para o crime; ter antecedentes criminais por si só também não capacita a prisão como garantia da ordem pública.[170]

O caráter de cautelar processual, se referiria ao perigo da liberdade, com isso, riscos à coletividade por criminoso contumaz (com risco comprovado) ou que foi pego realizando crime em série, ou ainda aquele que num primeiro momento apresente riscos de fuga[171], na modalidade de garantia de aplicação da lei penal, tudo isso faz parte daquilo subsumido pelo *periculum libertatis*.

O princípio da presunção de não culpabilidade não é de todo incompatível com as medidas cautelares, no entanto quando a prisão possui visível finalidade de antecipação de pena,

---

[167] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018 p. 148
[168] LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.203
[169] BARROS, Bruno**. Aplicação do princípio da proporcionalidade na prisão processual**. Imprensa oficial Graciliano Ramos: Maceió, 2013 P. 152
[170] ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 15. Rf. Reestrut., revis. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P.1104
[171] BARROS, Bruno**. Aplicação do princípio da proporcionalidade na prisão processual**. Imprensa oficial Graciliano Ramos: Maceió, 2013 P. 152

sem observância do princípio da proporcionalidade, o decreto prisional estará eivado de ilegalidade[172]; merece menção o fato de que a decisão que alterou o entendimento tornando possível a execução provisória da pena quando confirmada por uma segunda instância, informando que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo e considerando que o mérito da questão já estaria analisado, enfrentado por meio do HC 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016, foi realizado tendo a operação lava-jato como pano de fundo.

O entendimento posteriormente revogado no julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, fez com que o entendimento voltasse a ser como era antes de fevereiro de 2016, o histórico cronológico só faz aumentar as críticas aos atropelos processuais para justificar o respaldo do *trial by media*, e outras ilegalidades ocorridas na operação lava-jato, em contraponto a súmula 716 do STF.

A prisão será ilegal se for utilizada com a finalidade de execução provisória da pena, a isto tem-se a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP em sua antiga redação, que foi reformulada e aperfeiçoada, e que atualmente dispõe que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.".

O inciso LVII do artigo 5º da Constituição federal, que informa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo esta garantia máxima que fundamenta o princípio da não culpabilidade, acabou violado por certo período, não se pode permitir que este princípio seja considerado obstrutivo as atividades persecutórias criminais do Estado, a repressão a crimes não pode servir para violar a ordem jurídica e os direitos e garantias fundamentais individuais dos imputados.

Todavia a prisão cautelar, uma vez analisada sua necessidade ou não de decretação, diferindo-se da prisão pena, deve obedecer aos requisitos discutidos, sendo eles i) garantia da ordem pública ou econômica; ii) para conveniência da instrução criminal, ou ainda iii) para assegurar aplicação da lei penal.

A prisão cautelar não se mantém sem os seus requisitos próprios, resumidos nas máximas *fumus comissi delicti* e *periculum in libertatis*, ainda que haja fundamentação, se não

[172] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 586

houver ajuste à noção de necessidade da prisão em uma decisão, irá surgir daí o dever de emitir norma jurídica reconhecedora de nulidade absoluta, e outra objetivando desfazer a decisão; no caso concreto a primeira consistirá na declaração do vício (nulidade absoluta pela violação de elemento essencial do ato processual), e a segunda decretará a invalidação, desconstituindo o decreto prisional emitido[173].

Encerrado o parêntese sobre prisões cautelares e sua aplicação em conformidade com o regime de nulidades, é que se entende, que toda decretação de prisão cuja decisão apenas mascarou a legitimidade para aplicá-la em desconformidade com o princípio da proporcionalidade e demais requisitos objetivos da decretação de prisão (preventiva ou temporária), certamente deverá ser considerada inexistente, portanto nula de pleno direito, e os atos processuais que dela decorreram, ao exemplo de declarações de colaboração premiada ou demarcação de inicio de tratativas devem ser desconsiderados, por restar evidenciado o constrangimento ilegal do imputado.

Igual entendimento se dá as prisões por quebra do acordo de colaboração premiada, uma vez que os efeitos de eventual descumprimento do negócio jurídico processual estão previstas na lei 12.850/2013, não compreendendo dentre os seus efeitos a sanção por prisão no caso de não prosseguimento da cooperação, este é o entendimento adotado pelo STF no HC 138.207/PR, 2ª Turma, de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgado em 25 de abril de 2017.

3.6 Requisito de Inteligência/Informação e a assistência de defensor técnico

Todos os imputados em processo penal, possuem direito a informação sobre o conteúdo do que já foi apurado durante a investigação, ressalvadas as diligências que se encontram em andamento, pois destas decorre o sigilo necessário para garantir o êxito do ato, isto também foi redigido no §2º do artigo 7º da lei 12850/2013.

Ao se propor a inteligência ou informação como requisito da colaboração premiada, significa informar que o colaborador jamais poderá ser ludibriado sobre aquilo que os investigadores dispõem contra si, ou seja, deve conhecer todas as acusações a ele imputadas e compreender as consequências e possíveis resultados do acordo de colaboração.

---

[173] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016. P. 586-587

Para se presumir que isto aconteça, faz-se imprescindível o acompanhamento por defensor técnico em todas as tratativas da colaboração, que encontra previsão no §1º, artigo 3º-C, da lei de controle da criminalidade organizada. Referida lei, faz inclusive menção por mais de uma vez a isto, consoante §9º §14º §15º do artigo 4º, em síntese, todos os atos a que for chamado o colaborador, sejam depoimentos, negociações, confirmações, qualquer contato com o órgão investigativo antes durante ou depois do processo, e até mesmo durante o ato de homologação deve estar acompanhado pelo defensor técnico; é direito do delator ser acompanhado durante toda a negociação por advogado/defensor na forma também da lei 8906/1994[174] -Estatuto da OAB-, artigo 7º, inciso XXI.

Assim, é vedado iniciar as tratativas sem a presença da defesa técnica, caso o investigado ainda não possua defensor, o convite para delação deve ser realizado em momento posterior, uma vez que o direito à assistência preliminar de um defensor e o direito a entrevista reservada é uma medida que almeja a preservação de direitos. **A tentativa de realizar negociação sem a presença de defensor técnico poderá implicar na nulidade dos atos subsequentes**.[175]

Isto garantiria que a representação jurídica seria suficiente para dar uma presunção de conhecimento dos direitos que se está renunciando e dos possíveis benefícios a obter; em que pese o ato dos entes estatais terem submissão ao princípio da legalidade, moralidade e publicidade, em um primeiro momento poderia por técnica investigativa esconder dos investigados aquilo que já dispõem contra eles para fazê-los cair em contradições ou facilitar sua imputação diante do desconhecimento da natureza do que recairá no futuro.

3.6.1 Direito de acesso aos autos e requisito de exatidão

O direito ao acesso aos autos pelos investigados e colaboradores, num primeiro momento, pode parecer óbvio por força da súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, e do artigo 7º, incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX do Estatuto da OAB -lei 8.906/1994, todavia no âmbito dos crimes que envolvem organizações criminosas longo foi o debate sobre a publicização dos atos e acesso pelos investigados, que perdura até os dias atuais.

---

[174] BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

[175] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 147

Para ilustrar a situação, inicia-se informando que a súmula mencionada no parágrafo anterior possui em sua redação que é direito do defensor, no interesse do representado, ter o acesso garantido aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária e que se refiram ao exercício do direito de defesa.

O voto do ex-Ministro Cesar Peluzo no HC 88.190 em 2006, já informava que existem diligências que devem ser sigilosas, sob o risco de comprometimento do seu sucesso. Todavia se o sigilo figura como necessário a elucidação e à atividade instrutória, a formalização documental do resultado não poderia ser subtraída do indiciado e seu defensor, uma vez que teria cessado a causa que gerou o sigilo; invocar a intimidade dos demais investigados com o objetivo de impedir o acesso pela defesa, seria restringir direito dos envolvidos, pois os impedem de conhecer o que documentalmente lhe é contrário.[176]

A tese de Repercussão Geral definida no RE 593.727[177], informa que o Ministério público dispõe de competência para promover, por autoridade própria e dentro de prazo razoável investigações de natureza penal, contudo, devem ser respeitados os direitos e garantias de toda pessoa sob investigação do estado, devendo ser observado por seus agentes as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e as prerrogativas dos advogados, sem prejuízo do controle jurisdicional dos atos praticados pelos seus membros.

A jurisprudência sofreu avanço no tocante a atual possibilidade de obtenção de cópias de todos os elementos de prova documentados, incluindo-se aqueles obtidos em formato audiovisual, e uma vez que as tratativas da colaboração premiada atualmente deverão ser feitos pelos meios ou recursos de gravação magnética -inclusive audiovisual, com a finalidade de ter uma melhor confiabilidade das informações prestadas, a rigor da inteligência do §13º do artigo da lei 12850/2013, é de se esperar que os referidos registro das tratativas sejam disponibilizados **também** aos delatados, ressalvando-se aquilo que se referir à proteção do colaborador em caso específico, como seu endereço atual.

---

[176] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 88.190, voto do rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 29-8-2006, DJ de 6-10-2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92809/false

[177] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tese definida no RE 593.727, rel. min. Cezar Peluso, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 14-5-2015, DJE 175 de 8-9-2015, Tema 184. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur318423/false

Em decisão monocrática na Reclamação 31.213, o Ministro Marco Aurélio trouxe que nada respalda ocultar de envolvidos os dados contidos em autos de procedimento investigativo ou ainda de processo alusivo a ação penal, pouco importando o sigilo do que foi documentado.

Assim, a defesa deve conhecer integralmente os elementos obtidos pelas diligências documentados nos procedimentos investigatórios sendo permitida a obtenção de cópias das peças produzidas, devendo o acesso acontecer independentemente de prévia indicação do órgão investigador.[178]

É imprescindível que os registros por meio audiovisual também sejam disponibilizados em inteiro teor -ressalvas já demonstradas neste tópico-, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal interpreta ser desnecessário degravação completa de audiência realizada por este meio, todavia é obrigatória a disponibilização desta audiência, não sendo considerado razoável apenas vista dos autos na dependência do órgão de investigação apenas para transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, consoante o disposto pelo ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Rcl. 23.101.[179]

O acesso a informações sob o regime de sigilo da lei de organizações criminosas obedecem a dois critérios, um positivo, que informa que o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente, e outro negativo, que é o fato de não referir-se a diligências em andamento, presentes os dois requisitos, a negativa de acesso injustificada pelo critério negativo configura **violação ao direito de defesa**.[180]

Ainda que o procedimento tenha sido instaurado com base em depoimento prestado por agente colaborador, é legítimo o acesso aos autos daquele sobre a quem recai a delação, cabendo ao poder judiciário garantir a possibilidade de conhecimento das peças, inclusive as declarações do delator[181]. Então é necessário impor que se a declaração não possui mais diligência a ser apurada, deve ser disposta ao delatado, a despeito do que preconiza a atual redação do §3º do artigo 7º da lei 12850/2013.

---

[178] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 31.213 MC**, Decisão monocrática. Rel. min. Marco Aurélio, julgado em 20 de agosto de 2018, Dje 174 de 24-8.2018

[179] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 23.101**. Segunda Turma. Rel. min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22 de setembro de 2016, DJe 259 de 06 de dezembro de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur361462/false

[180] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 24.116/SP**. Segunda Turma. Rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 13 de dezembro de 2016, Dje 28 de 13 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363144/false

[181] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pet 5.700**. Decisão monocrática. Rel. min. Celso de Mello, julgado em 22 de setembro de 2015, Dje 190 de 24 de setembro de 2015.

Informados os direitos dos delatados, fica ainda mais fácil a compreensão daquilo a que se refere ao direito de informação do delator, garantido pela assistência por advogado em todos atos de maneira **irrenunciável**; do direito de estar pessoalmente presente nas tratativas, e da vedação e utilização de meios enganosos[182] pelo celebrante, ou seja, o delator deve possuir a ciência de tudo o que já fora produzido no processo sob pena de violação do seu direito de defesa e consequente invalidade do pleito acusatório em seu desfavor e o afastamento das provas obtidas que partiram de suas declarações por consequência.

A propósito, Santos, informa que a intervenção da defesa técnica desde o início das tratativas é imprescindível sob pena de nulidade absoluta da cooperação, no tocante ao colaborador, traduzindo vício insanável[183], consoante o artigo 564, III e IV do CPP, sendo desnecessária a discussão à luz do artigo 572 do mesmo diploma legislativo.

No entanto, o argumento de que a presença de advogado para as tratativas a respeito da delação equilibraria a situação do delator perante o Estado também é falacioso, no entanto é o entendimento que prevalece; observe-se que o estado ainda dispõe de posição de predominância diante do aparato investigatório que possui, ainda possuindo o direito de retratar-se da proposta na forma do §10 do artigo 4º da Lei 12850/2013.[184]

Ainda, os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos; reputa-se não aliado a interpretação da Constituição Federal, o entendimento de que o magistrado poderia decidir qual seria o representante eficaz da ampla defesa do agente, isto porque, existe discussão a respeito de que o magistrado poderia considerar violado o direito irrenunciável a defesa técnica quando que o causídico do perseguido criminalmente não ofereça a defesa apropriada[185].

---

[182] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018. P. 159

[183] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiad**a. 3.ed. ver., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. P.163.

[184] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 268

185 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus no 70.600**. "Habeas corpus" - crimes de tráfico de entorpecentes e de associação criminosa em matéria de entorpecentes (...) Falta de comparecimento do defensor constituído em audiência de instrução - designação de defensor "ad hoc" - possibilidade – (...) Superveniente intervenção de advogado constituído - interposição de peça insatisfatória – réu considerado indefeso - constituição do mesmo defensor pelo réu para atos posteriores - indisponibilidade do direito de defesa - nomeação, pelo juiz, de defensor dativo - garantia do direito de defesa - pedido indeferido. Relator(a): Min. Celso de Mello. 14 abr. 1994. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601169. Acesso em 31 de agosto de 2020.

Trazendo esta interpretação para o contexto do advogado do agente que por não entender benéfico a proposta ofertada, acabar por orientar seu cliente a optar pela instrução probatória em seu fluxo instrutório padrão, o magistrado por entender de forma diversa, ou seja que o acordo seria benéfico, consideraria que desta forma a defesa técnica não estaria sendo exercida de maneira apta a salvaguardar o direito da parte.

Todavia esta é uma decisão que cabe ao agente, e não ao advogado, desta feita, o direito de representação, que como dito, é irrenunciável, também o é plenamente exercido quando facultado o direito de ser representado por procurador de sua confiança, não cabendo intervenção judicial neste sentido; na criticável linha de raciocínio apresentada estaria o processo tomando novamente rumos inquisitoriais, o que já foi rechaçado pelo artigo 3-A da atual redação do Código de Processo Penal, que também permanece suspenso, conforme já explicado.

Noutro giro, a adequação ou exatidão como critério de validade, refere-se a submissão da colaboração premiada a elementos empíricos suficientes que demonstrem um lastro probatório mínimo para justificar a realização do acordo[186], ainda que na fase inicial de seu procedimento, pois no caso da homologação o magistrado, ainda que reconhecida sua atuação dentro do sistema acusatório, deve observar os critério legais que levarão ao resultado pretendido com o acordo.

Os resultados do acordo de colaboração premiada que deverão ser confirmados até a prolação de sentença penal condenatória, *ab initio* devem estar demonstrados ainda que superficialmente no momento da análise da homologação, evitando que surjam acordos sobre fatos que não se encontrem dentro dos incisos I a V do artigo 4º da Lei 12850/2013 e acordos sobre as imputações.

Assim verifica-se a necessidade de a colaboração premiada não ser o primeiro e único método de investigação utilizado com relação ao delator, sendo certo que é necessário a existência de elementos de informação sobre o colaborador -mesmo que na fase inicial-, para fundamentar a propositura/realização do acordo.

[186] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018. P. 160.

3.7 Da homologação do acordo e os momentos da persecução penal

Como visto, da análise dos pressupostos de admissibilidade é que se aplica as condições necessárias à homologação da colaboração premiada pelo magistrado, se pudermos sintetizar o que foi dito obteremos a seguinte conclusão:

De início deve haver a formulação do requerimento das partes ao magistrado competente[187], isto se dá por intermédio de petição inicial fundamentada subscrita pelo legitimado legal, devendo ser acompanhada de toda a documentação que demonstre como se deu a realização das tratativas e o termo do acordo lavrado e assinado por todos.

O segundo ato é observar se a colaboração foi efetiva e realizada de maneira voluntária com a investigação e o processo criminal, não sendo exigida a espontaneidade. Alencar leciona que "a certificação da efetiva contribuição com a apuração dos fatos delatados deve ser submetida a contraditório judicial.".[188] Somente quando ocorra a prolação de sentença penal condenatória ou absolutória é que será então valorada a sua real relevância, utilizando-se de fundamentação suficiente para tanto.

Por último, a cooperação do indiciado ou acusado deve ser causa de obtenção de resultado útil de forma isolada ou cumulativa[189], somente assim o colaborador fará jus aos benefícios previstos no artigo 4º da lei 12850/2013, verificando se há eficácia da cooperação relativamente a um dos cinco resultados previstos nos incisos I a V do artigo mencionado.

Sobre o resultado útil, ainda merece ser trazida a possibilidade de utilização da **teoria do adimplemento substancial**, correlacionada ao item 2.2.1 deste estudo que guarda íntima relação com a questão do depoimento ser uma obrigação de meio ou de fim. Uma vez que se o conteúdo delatado serviu em sua maioria, deve existir possibilidade de renegociação e, a depender do caso concreto o reconhecimento de que os aspectos principais foram corroborados e que eventual ineficiência não atingiu o núcleo e a boa-fé do negócio jurídico, todavia isto não pode ser aplicado nos casos onde por exemplo se percebe a utilização de blefe por parte do delatado.[190]

---

[187] TÁVORA, Nestor ; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. P. 1019
[188] TÁVORA, Nestor ; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. P. 1019
[189] TÁVORA, Nestor ; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. P. 1019
[190] ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. P. 363-364

O **primeiro momento** é relativo as tratativas sobre as condições do acordo, que atualmente impede a participação do magistrado, por força do regramento contido no §6º do artigo 4º da lei de controle do crime organizado, conforme explicado, neste momento são negociadas as cláusulas do acordo de delação premiada, estas tratativas, ocorrem entre o acusado ou imputado com a autoridade policial, com manifestação do Ministério Público, ou conforme o caso, entre o investigado/acusado e o Ministério Público. A presença do defensor é imprescindível para validade em todos os momentos.

Távora e Alencar se manifestam contrários a legitimidade da autoridade policial conduzir colaboração premiada de maneira autônoma, uma vez que isto interfere diretamente na produção de prova no curso do processo penal cujo delegado de polícia não é parte.[191] Todavia o Supremo Tribunal Federal, por maioria, havia firmado a legitimidade da autoridade policial para realizar tratativas e formalizar os acordos, na fase de inquérito policial, desde que respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, que deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente a decisão judicial.[192]

Este entendimento sofreu novo enfrentamento, no dia 28/05/2021, durante o acordo de colaboração premiada realizado pelo ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, que firmou delação premiada junto a polícia federal, todavia a Procuradoria Geral da República se opôs ao acordo e o caso foi parar no Supremo Tribunal Federal por meio da Pet 8.482 de relatoria do Ministro Fachin.

Um fato interessante a ser analisado no julgamento é que o Ministro Dias Toffoli era um dos delatados pela cooperação prestada por Cabral, no entanto o referido Ministro proferiu voto informando que existe a necessidade nos acordos firmados entre autoridade policial e colaborador, da anuência do Ministério Público como condição de "perfectibilização" do ato.[193]

Neste caso, foi decidido pela unanimidade que o acordo não merecia prosperar e que deveria ter sido submetido à anuência do Ministério Público, entretanto os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Nunes Marques e Ricardo Lewandowski, frisaram que não estavam

---

[191] TÁVORA, Nestor ; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. P. 1020

[192] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5508/DF**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20 jun. 2018.

firmando tese com efeito *erga omnes*, sendo assim ainda existe legitimidade da autoridade policial para celebrar acordo de colaboração premiada.

Seja como for, houve alteração do entendimento aplicado na ADI 5508/DF, neste caso apesar de não possuir efeito para além das partes envolvidas, pode figurar como precedente apto a alterar o alcance jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em casos análogos.

É importante mencionar que **se a colaboração for posterior a sentença só são permitidos dois benefícios ao colaborador**, que será a redução da pena até a metade e a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. A lei 12850/2013, não delimitou um momento para que cesse a celebração do acordo de colaboração premiada, desta forma esta poderá ser realizada em qualquer fase da persecução penal ou durante a execução da pena.[194]

O **segundo momento** da colaboração premiada é o de submissão do acordo à autoridade judiciária, onde ocorrerá a decisão de homologação ou de rejeição, consoante o disposto no §7º do artigo 4º da lei 12850/2013, sendo eles: i) Regularidade e legalidade; ii) adequação dos benefícios pactuados aos previstos na lei; iii) adequação dos resultados da colaboração aos mínimos exigidos; e iv) voluntariedade da manifestação da vontade.

Sendo a cooperação firmada na fase de investigação, a análise no futuro caberá ao juiz das garantias, de acordo com o disposto no artigo 3º-B, inciso XVII, do Código de Processo Penal, contudo o referido dispositivo atualmente encontra-se com eficácia suspensa devido a decisão monocrática de Relatoria do Min. Luiz Fux, proferida na ADI 6298/DF.

Na Colaboração processual antes da sentença, será o juízo perante o qual tramita a ação penal; já na colaboração processual após a sentença condenatória recorrível, competirá ao tribunal, como órgão recursal, a homologação e aplicação dos prêmios;[195] na colaboração tardia, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a competência homologatória do acordo será definida por distribuição, não mais dependente do juízo da causa uma vez que já se encerrou a função jurisdicional deste, e os benefícios do acordo serão acatados pelo juízo da execução.

---

[194] MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 6ª ed., ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2021. P. 256

[195] MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 6ª ed., ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2021. P. 258

Não se pode identificar o juízo da execução como responsável pela homologação de acordo diante do fato que o objetivo da colaboração é não apenas trazer benefícios a pena do delator, mas primeiro a obtenção de elementos de prova que se destinarão à instrução da causa em processo a ser ajuizado. Acaso já se encontre ajuizada ação penal contra os delatados, é que os termos do acordo serão distribuídos para o magistrado que julgará esta causa diante da prevenção.[196]

Existe debate sobre quem possuiria competência para homologação de acordo nos casos em que há prerrogativa por foro, tendo o Superior Tribunal de Justiça manifestado que a homologação por juiz de primeiro grau que mencione autoridade sob regra de foro privilegiado do STJ não seria usurpação de competência[197], no entanto, o STF decidiu em sentido contrário, reformando o entendimento.[198] Nesta interpretação, somente é competente para julgar a homologação de acordos de colaboração premiada o tribunal que corresponder com a prerrogativa de foro da autoridade.

O **terceiro momento**, é o exercício da atividade de delibação pelo juiz[199], verificando a efetividade do auxílio prestado pelo colaborador, atendendo as condições estipuladas na cooperação. Lembrando do posicionamento adotado nesta pesquisa de que somente deve existir sigilo ao delatado no que se refere a diligências em andamento, todavia estas não podem mais estar sendo realizadas no momento do recebimento da denúncia com a finalidade de ser permitido o exercício do contraditório e da ampla defesa; desta fase participam todos os atores processuais, delator, delatado e seus defensores, juiz e Ministério Público, ressalvada a participação da autoridade policial que é extinta no início da ação penal.

Távora e Alencar manifestam-se no sentido de que que a retirada do sigilo não deve autorizar ampla e irrestrita publicidade[200], evitando assim a contaminação do processo pelo julgamento da mídia; deve portanto ser ainda mais taxativa a interpretação do dispositivo contido no parágrafo terceiro do artigo 7º da lei de controle do crime organizado, que informa que "o acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em

---

[196] FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. **Criminalidade organizada**: comentários à Lei 12850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. P. 133-134

[197] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Rcl 31.629-PR**. Corte Especial. Rel. Min. Nancy Andrighi, publicado no Dje em 28 set. 2017.

[198] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 151605/PR**. Segunda turma. Rel. Min. Gilmar Mendes – Julgado em 20 mar. 2018.

[199] TÁVORA, Nestor ; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. p. 1022

[200] [200] TÁVORA, Nestor ; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. p.1021

sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese."

No que se refere a competência para a homologação e revisão de cláusulas ainda surgem duas questões importantes que foram debatidas no STF, sendo a primeira se o relator do processo possuiria competência para proferir decisão de homologação do termo de delação premiada, tendo a maioria decidido que não é necessário submetê-lo ao órgão colegiado.[201]

A segunda questão trata da possibilidade de revisão de cláusulas da decisão homologatória do acordo de delação premiada pelo mesmo órgão judicial ou instâncias superiores no momento da decisão condenatória final. Tendo o STF decidido que após a homologação do acordo o instituto deve ser preservado para assegurar sua viabilidade, ressalvados os casos em que houver nulidade superveniente, ou seja, que não tenha ocorrido no momento do acordo ou sua homologação[202]. O juízo de mérito sobre a concessão dos benefícios relacionados ao auxílio prestado pelo delator pertence exclusivamente a sentença condenatória.

3.7.1 Últimas considerações sobre o conteúdo do capítulo e conclusão

A função do julgador é garantir as regras do processo penal diante da imparcialidade, com o afastamento objetivo e subjetivo da estratégia das partes, não podendo comprometer-se com o resultado; a atitude do magistrado pode ser decisiva nas tentativas acusatórias de forçar o acordo de cooperação[203].

Assim estariam mais próximos de serem respeitados os pilares da construção da prova, nos momentos de postulação, admissão, produção sobre crivo do contraditório e a avaliação, com esta observância dos caminhos da prova, seriam reduzidos os espaços de discricionariedade e incerteza no tocante a arbitrariedade dos juízes nos processos que envolverem parcelas de justiça negocial.

Atualmente a proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida com a devida justificativa, cientificando-se o interessado, e em caso de não haver

---

[201] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **PET 7074** QO/DF. Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29 de junho de 2017.
[202] *Idem*
[203] Neste mesmo sentido a lição de Welton Roberto, "o juiz midiático labora com relevância maquiávelica ao buscar com incessante frenesi a repetição de ter obtido a prova cabal da condenação do criminoso." In: ROBERTO, Welton. **Paridades de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

esta medida de indeferimento, as partes firmarão um Termo de Confidencialidade para continuar com a negociação, que vinculará todos os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa, de acordo com os §1º e §2º do art. 3º-B Lei de controle da criminalidade organizada.

O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor, consoante o parágrafo 3º do artigo 3º-B da Lei 12850/2013.

Por outro lado, faz-se necessário inclusive que seja disposta nova redação para conseguir prover um escorreito código de conduta também para advogados dos delatores, similar ao produzido na orientação conjunta, mas com o objetivo de salvaguardar tanto as prerrogativas destes quanto o direito daqueles que estão sob o seu patrocínio na causa.

Uma correta observação dos pressupostos de admissibilidade, bem como dos critérios de validade podem ser suficientes a trazer um ar mais legítimo ao acordo cujo valor probatório é mínimo, a não observação destes critérios poderá gerar incidência de norma individual e concreta saneando-se os vícios, que podem ser parciais, quando por exemplo referem-se a uma cláusula abusiva acordo, ou a imposição de nulidade absoluta se ferir elemento essencial do ato (elemento volitivo do agente).

4 NULIDADES E COLABORAÇÃO PREMIADA

Neste capítulo apresentaremos estudo sobre caso concreto que se reporta ao uso do instituto da delação premiada como único elemento do procedimento aquisitivo de provas; não obstante a lei 13964/2019 ter criado mais uma proteção jurídica ao magistrado ao informar que os depoimentos do colaborador não poderiam ser utilizados isoladamente para fundamentar medidas cautelares, recebimentos de denúncia e sentença penal condenatória (§16 do art. 4 º da Lei 12850/2013), ainda existe posicionamento posterior ao novo regramento que informa o contrário.

É importante assinalar que isto não ocorre em localidades isoladas[204], referido precedente também é inserido pela última instância de controle, ou seja, ao nosso ver se estão utilizando de premissas (maiores) equivocadas na criação da norma jurídica que convalida os atos das instâncias inferiores.

Apesar de não existir hierarquia entre os membros do poder judiciário, sendo possível ao magistrado de qualquer comarca realizar controle discricionário sobre os objetos do processo que lhe são entregues, os olhos da sociedade se voltam as instâncias superiores para verificação dos postulados democráticos, sendo certo que é dever da prestação jurisdicional promover as alterações de posicionamentos inadequados à disciplina constitucional.

Neste contexto, o julgador deve se posicionar de maneira contra majoritária quando analisar no caso concreto que existe disposição contrária a constituição em regramento infraconstitucional, ou ainda coibindo as más interpretações que restrinjam direitos fundamentais, quando na verdade a função do sistema deveria ser o da ampliação de garantias.

Assim, de acordo com debate iniciado nos capítulos antecedentes, o julgador deveria se portar de modo a recorrer ao sistema com a finalidade precípua de obtenção de juízo absolutório diante do standard probatório vigente no direito positivo. Sua função é de maximizar os direitos e garantias fundamentais e reduzir os espaços de contingência, obedecendo a legalidade estrita em matéria penal para restringir hipóteses que enfraqueçam ainda mais o cidadão perante o estado.

---

[204] BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 5021921-19.2016.4.04.0000. Sétima Turma. Rel. Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 15/12/2020

Neste caso o valor (maior) seria o da liberdade, o julgador deve observar a forma para exercer rígido controle sobre os atos praticados pelas partes[205], isto legitima o direito de punir do estado, eventuais desvios conduzidos fora deste percurso natural devem ser observados sob a guarida da nulidade.

No entanto, por ser a parte mais frágil da relação processual, o imputado pode acabar saindo dos trilhos da legalidade estrita para conseguir conteúdo capaz de beneficiá-lo no processo, a título de exemplo maior de demonstração deste argumento, temos aquele discutido à luz da teoria da prova ilícita[206], conquanto inadmissível pela violação de conteúdo inconstitucional com vias de possibilizar juízo de certeza sobre a condenação, por outro lado o valor da liberdade deve sobrepujar o rigor da lei para coibir a prática de injustiça; no entanto a prova (ilícita) admitida para absolver não pode ser utilizada para condenar outro imputado de acordo com o mesmo raciocínio aplicado.

4.1 Norma processual penal e correlação com garantias fundamentais

É importante mencionar que a tradição seria a de que as normas processuais penais são direitos fundamentais que não podem sofrer flexão pelo Estado ou ser renunciadas pelos titulares; não se trata de direito disponível, sendo assim não poderia ser alienável.[207]

Contudo em ordenamentos jurídicos estrangeiros existe a possibilidade de renúncia de determinados direitos pelo titular, a essa característica de faculdade é que se chama de "desistibilidade", ou *waivability*, no direito norte-americano isto ocorre diante da concepção de que o privilégio ou prerrogativa do imputado foi concebido no seu estrito interesse, logo o sistema de justiça criminal poderia prosseguir sem a sua observação se o cidadão entendesse que não o serviria.[208]

Essa noção de disponibilidade como visto, não é característica do nosso direito positivo. No Brasil, esta violação daria ensejo a aplicação da teoria das nulidades, no entanto, a adoção

---

[205] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 117

[206] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011 p. 126-127

[207] ROSA, Alexandre Morais da. O regime de nulidades no processo penal seria um privilégio? Leitura constitucional do jogo processual. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). **Controvérsias Criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015. P. 1

[208] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006, p. 110-111.

atual dos regramentos no que concerne a esse instituto está direcionada a origem civilista que pode tomar finalidade diversa daquela pretendida pelo processo penal[209], como bem aponta Alexandre Morais da Rosa:

> "(...) a mácula procedimental ocorrida no início do processo – partida – contamina os demais, os quais para sua validade precisam guardar referência com os anteriores. O ato praticado em desconformidade com a estrutura do procedimento é inservível à finalidade a que se destina. A decisão final, preparada pelo procedimento, em contraditório, também se constitui como parte desse, ou melhor, sua parte final, o julgamento do jogo processual."

O regime de nulidades adotado pelo CPP é confuso e campo fértil para decisões produzidas em silogismos inadequados, a isso refere-se a verdade substancial (art. 566 do CPP), a remissão a dispositivos revogados dentro do próprio código (art. 564, III, "a", "b", "c", III do CPP), além da visão civilista da teoria da prova do prejuízo consagrada na máxima *pas nullité sans grief* (art. 563 do CPP).

Podemos fazer referência sobre a discussão a respeito da iniciativa probatória do julgador, como exemplo, o artigo 212 informa acerca do *cross examination*, onde as partes realizam perguntas diretamente à testemunha e o controle de legitimidade do ato é realizado pelo magistrado, mas a redação em consonância com outros princípios caros ao devido processo legal deve trazer o juiz a condição de espectador.

Essa opção legislativa tem por objetivo a retirada do magistrado do modelo presidencialista de condução da colheita da prova testemunhal, sendo este o garantidor da forma de informação oral[210], sua violação por certo implicaria na produção de norma jurídica de invalidade de seus efeitos, como visto não faz sentido o argumento de que haveria produção no sentido de beneficiar a defesa, uma vez que o esclarecimento só poderia ser realizado no caso de dúvida e a consequência jurídica da dúvida é a absolvição (CPP, art. 386, VII).

A teoria das nulidades articulada pelo senso comum teórico não compreende que a obediência à norma processual deve prevalecer sobre o resultado[211], isso é incorreto, pois a função do procedimento criminal é a solução dos problemas desde que respeitadas as suas

---

[209] ROSA, Alexandre Morais da. O regime de nulidades no processo penal seria um privilégio? Leitura constitucional do jogo processual. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). **Controvérsias Criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015. p. 2.

[210] ROSA, Alexandre Morais da. O regime de nulidades no processo penal seria um privilégio? Leitura constitucional do jogo processual. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). **Controvérsias Criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015, p. 3.

[211] ROSA, Alexandre Morais da. **Procedimentos e nulidades no jogo processual penal**: ação, jurisdição e devido processo legal. Florianópolis: Empório modara, 2018 p. 207

regras à luz do devido processo legal e do sistema acusatório, uma vez que as garantias são mais caras ao estado democrático de direito do que o dever de punir.

Sem a nulidade o que se produz em desconformidade passa a gerar efeitos inextinguíveis, dentro desse aspecto os juízes devem possuir ciência de seu papel de **garantidores das regras do jogo**[212], desta forma, é necessário que seja realizada análise com base neste critério de decisão para ser declarada a exclusão sobre a eficácia dos atos ilícitos.

O descumprimento da regra processual implica na ausência de requisito de validade, e deve ter como consequência jurídica a não produção do efeito a que se destinava, neste sentido a **noção de prejuízo** que é quando o estado tenta impor ao imputado a necessidade de alegação pela defesa de matéria contrária a ordem, somente seria sustentada para validar as ações processuais ilegais, como se fosse possível demonstrar os efeitos daquelas ações realizadas em desconformidade com o regramento, os efeitos estão viciados justamente pelo desvio à forma, podem ser produzidos mas não possuem qualificação jurídica válida.

Exemplo pode ser inferido desta situação quando o tribunal em sede de análise de recursos requer a demonstração pela defesa da prova de prejuízo de nulidade alegada; a maior prova de que ocorreu prejuízo ao réu é justamente a condenação, ou o risco de ser condenado a depender do momento processual em que se requer a declaração de nulidade.

As garantias fundamentais devem ser respeitadas, se consideramos as garantias numa acepção de que são privilégios podendo ser renunciados, ou que são inadequados ao regramento desobedecemos à forma do devido processo legal, quando isto ocorre vinculamos o processo ao resultado (de punir) em lógica inversa aos ditames legais e à constituição, não cabendo ao juiz a sua retirada do papel de garantidor das regras validando efeitos de ato nulo. Quando há inversão dessas premissas o regime de nulidade passa a ser uma promessa vazia retoricamente manipulável.[213]

---

[212] ROSA, Alexandre Morais da. O regime de nulidades no processo penal seria um privilégio? Leitura constitucional do jogo processual. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). **Controvérsias Criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015, p. 5.

[213] *Idem.*

4.2 Teoria da nulidade no processo penal

No que se refere a delação premiada, iniciamos o estudo apresentando que ela está subordinada as normas jurídicas (gerais e abstratas) sobre confissão, sendo isto condição de perfectibilização do ato processual.

A regra é que os vícios em torno do acordo sejam classificados como nulidade absoluta (por possuir elemento essencial afetado), contudo nos casos em que a delação é extraída sob tortura física -onde é removida a própria conduta de confessar, é o caso de inexistência jurídica, todavia ainda existe a possibilidade de emprego de nulidade relativa ou de irregularidade.[214]

A invalidação pode se dar sobre todo o acordo ou sobre cláusulas específicas não previstas em lei, como é o exemplo da renúncia a prazo recursal por parte do delator; é importante mencionar que todas as consequências jurídicas do negócio jurídico devem estar amparadas nos dispositivos legais.[215]

A teoria da nulidade no processo penal possui como elementos constitutivos as normas individuais e concretas divididas em dois tipos: i) as que são objeto de controle, em virtude de incidência deficiente; ii) as que efetuam o controle o controle dos vícios, com incidência corretiva e eficiente.[216]

A atividade do magistrado deve ser desenvolvida de acordo com as regras de produção normativa do sistema -de maneira estrutural, e de acordo com as fontes de produção e cognição do direito processual penal.[217]

Isto pode ser representado em duas proposições, afirmativa ou negativa.

Na proposição negativa, a lei declara expressamente a espécie de defeito do ato procedimental que deve ser reconhecido pelo magistrado, sendo de **tipicidade direta**. Na proposição afirmativa, a lei prevê o ato procedimental perfeito, sendo sua atipicidade

---

[214] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 516.
[215] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 517.
[216] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 345.
[217] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 345.

considerada para produção de norma jurídica individual e concreta quando ocorre desvio à forma.[218]

Ambas podem ser indicadas por **verificação indireta**, explicada pelo dever que todo juiz tem de se certificar da regularidade dos atos processuais, a noção de regularidade também vai determinar o que é irregular e determinar-lhe o controle de todos os atos, nesse sentido todo ato jurídico processual é documentação de uma norma jurídica com incidência deficiente, e em razão disso é possível fazer o controle de todos eles.

Alencar defende a elaboração de um **cálculo normativo -**disposto no final deste capítulo, que seria a representação abstrata por meio de símbolos, para servir de padrão ao juiz com a finalidade de controlar a higidez dos atos processuais penais, a finalidade é reduzir as dúvidas no campo das nulidades sempre informando que as bases enunciativas do sistema possuem validade fundamentada na Constituição Federal.[219]

Existem duas normas jurídicas relacionadas com as nulidades sob a lente sintática: a) a primeira, que reconhece e classifica o fenômeno nulificador; b) a segunda que impõe a consequência, ou seja, o efeito jurídico. A incidência da norma jurídica de controle surge da prática imperfeita de outra que lhe antecede, todas são representadas em atos processuais, uma vez documentadas não serão retiradas do processo, mas podem cessar sua produção de efeitos.[220]

Essa estrutura dúplice refere-se respectivamente a atipicidade ou nulidade-fato, e a nulidade consequência. A norma primária identifica a especificação da gradação do vício e pode ser considerada inexistência jurídica, nulidade absoluta, nulidade relativa e irregularidade

A **inexistência jurídica** implica falta ou defeito sobre elemento estrutural do processo ou do ato jurídico penal, se relaciona com facticidade jurídica, mesmo que não seja regulada pelo ordenamento. O vício obstaculiza o preenchimento dos requisitos (formais) para o qual foi inserido no sistema. Para certificar a inexistência do ato processual, os elementos atingidos,

[218] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 362-363.
[219] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 346.
[220] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 346.

subjetivos (intrínsecos ou volitivos) ou objetivos (extrínsecos ou formais), devem ser estruturais à formação (criação) do próprio ato.[221]

A inexistência de fato nem sempre será relevante ao direito, todavia pode desaguar em inexistência jurídica quando por exemplo se falta um elemento estrutural ao processo (ex: ausência de denúncia), e em razão disso o processo que aparentemente está produzindo efeitos não existe juridicamente.[222]

Já a **nulidade absoluta** relacionamos ao elemento que visa a organizar os atos, sendo vício ou omissão de ato processual penal que afeta elemento **essencial;** este que por sua vez interfira em aspectos de natureza constitucional, ou que diga respeito a cominação de vícios prevista na legislação a exemplo do rol do art. 564, I, II, III e V do CPP.[223]

O elemento essencial afetado que **não encontre ligação** com o texto constitucional ou que não possua previsão expressa de nulidade tem seu âmbito de incidência restrito ao inciso IV, do artigo supramencionado, aplicável aos casos de **nulidade relativa**, estas que podem em tese causar prejuízo, e dizem respeito a questões que não interfiram no direito da parte de forma imediata, e que também não possuam previsão de cominação em lei.

Irregularidade acontece quando o elemento do ato processual afetado é acidental (ou acidentalíssimo), o vício nessa espécie deve ser irrelevante para trazer qualquer prejuízo ao direito processual, sendo assim, não deve se referir a direito de núcleo constitucional. Neste caso impõe-se a convalidação dos efeitos do ato praticado, isto não significa dizer que o magistrado não deve fazer a reparação material do defeito.[224]

Concluída as classificações do gênero nulidades, observa-se que a análise da norma primária (nulidade-fato), é necessária à produção da norma secundária (nulidade-consequência), também individual e concreta, devendo obediência a classificação antecedente, sucedendo vinculação ao constrangimento dogmático e epistêmico. Deste modo o magistrado

[221] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 348.
[222] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 347.
[223] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 349.
[224] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 351-352.

não deve ordenar a produção (ou supressão) de efeitos jurídicos sem que antes seja declarada a categorização do vício, isto porque o objetivo é reduzir o espaço de discricionariedade.[225]

A produção de efeitos é a característica da nulidade-consequência, que pode seguir a seguinte ordem de classificação: 1) invalidação; 2) convalidação; 3) Saneamento; 4)Modulação.

Validade é relação de pertença ao sistema, então ao invalidar um ato processual, o poder judiciário está determinando que este não produzirá mais efeitos, sendo importante mencionar que esta relação de **invalidação** não implica na retirada da documentação da nulidade dos autos, eis que este permanece registrado no processo.[226]

A **convalidação** requer a confirmação da produção de efeitos do ato levemente defeituoso, devendo por isto ser expressa, este controle pode ser realizado inclusive **de ofício**, todavia no caso das nulidades absolutas, só terá cabimento por meio de incidência de regras de calibração que confiram maior eficácia ao direitos fundamentais do imputado.[227]

O **Saneamento** não é uma categoria independente das outras, pressupõe a invalidação, mas no saneamento torna-se o ato processual defeituoso sem efeito e se produz novamente o ato acompanhado da aplicação perfeita da norma jurídica documentada em outro ato processual penal, daí o indicativo de se tratar de dupla sanção. Existem dois tipos: a) Saneamento iterativo: que é quando o controle é realizado pelo mesmo órgão que produziu o ato viciado; b) Saneamento reiterativo: ocorre quando a correção do defeito envolve dois órgãos judiciais, onde o primeiro declara a nulidade e invalidação e o segundo exerce sua competência para emitir o novo ato processual.

É possível, de acordo com o caso concreto a aplicação de efeitos específicos, isto porque os princípios que regem o regramento das nulidades são múltiplos, nesta perspectiva ao juiz é possível perceber que lhe são dirigidos outros programas normativos que devem ser ponderados quando exercer sua atividade jurisdicional.

A **modulação** é o primeiro desses efeitos e se relaciona ao príncipio da conservação ou do isolamento dos atos processuais, que também podem ser denominados concatenação ou consequencialidade, desta forma o judiciário tem que dizer quais os atos que são atingidos,

---

[225] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 352-353.
[226] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 354.
[227] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 355.

podendo sinalizar até que ponto do processo penal a supressão de vícios surtirá consequência jurídica da classificação da nulidade.[228]

4.3 Cálculo normativo para aplicação de nulidades na prática

Diante desse panorama, Alencar apresenta fórmula (cálculo normativo) para aplicação que servirá para **todas** as espécies de nulidade com base na seguinte representação[229]:

$$N_{nj} \begin{cases} N_f: \Leftrightarrow A_{sa} \cdot E_{esp} \rightarrow N_{esp} \cdot D_{imp} \\ \downarrow \\ N_c: \Leftrightarrow R_{des} \cdot P_{var} \rightarrow I_v\, S_v\, C \cdot M \end{cases}$$

O significado de cada expressão é o seguinte:

N_{nj}: estrutura dúplice nulificadora ou nulidade lato sensu;

N_f: nulidade-fato ou primeira norma jurídica da estrutura;

N_c: nulidade-consequência ou segunda norma jurídica da estrutura;

A_{sa}: atipicidade em sentido amplo;

E_{esp}: especificação do ato viciado e do elemento afetado;

N_{esp}: espécie da nulidade (inexistência, nulidade absoluta ou relativa, irregularidade;

D_{imp}: descrição do dever imponível (programa) de produzir a norma seguinte N_f;

R_{des}: descrição da nulidade reconhecida na norma anterior Nc;

P_{var}: aspecto pragmático-possibilista (princípio ou regra de calibração);

I: Invalidação;

S: Saneamento;

C: convalidação

M: modulação;

$\Leftrightarrow$: significa, é verdade ou se somente se;

$\cdot$: conjunção lógica aditiva "e" (conjuntor);

---

[228]ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 355.

[229] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. P. 367.

V: disjunção lógica “ou” (disjuntor);

→ : dever-ser neutro, intranormativo e interproposicional;

↓ : dever-ser modalizado (obrigatório), internormativo.

4.4 Os tribunais superiores e o depoimento do colaborador como fundamento de decisões

A pesquisa delimitou no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça as decisões relativas ao valor probatório dos atos de colaboração para fundamentar medidas cautelares, denúncias e condenações, inicialmente com marco temporal desde 2016 - anterior à vigência da Lei 13964/2019- até o presente momento (2021).

É importante antecipar que apesar de existir decisão com conteúdo cujo valor prático possa até beneficiar as diretrizes deste estudo, incorrem em imprecisões técnicas que causam insegurança jurídica. É necessário que se busque a redução do espaço de contingência para que o intérprete não incorra em erro durante a aplicação da norma.

Iniciando a análise, citaremos o inquérito 3982, de relatoria do Ministro Edson Fachin, publicado em 05/06/2017[230], houve o recebimento de denúncia com base em depoimento de colaborador premiado sob o argumento de que o juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente, sendo necessário distinguir os requisitos do recebimento da inicial acusatória presentes no artigo 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal.

Apesar do referido julgado informar que a colaboração premiada por si só não era prova eficaz descabendo condenação lastreada exclusivamente nos depoimentos colhidos dentro do que se refere o acordo, também trouxe que estes mesmos elementos seriam suficientes para atribuição de substrato probatório mínimo de materialidade e autoria, portanto aptos a fundamentar o juízo de recebimento da denúncia.

Como visto na seção 2 deste estudo o problema conceitual é a incompatibilidade da delação premiada e o conceito de prova, seja ela em sentido completo ou em sentido estrito, no

[230] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inq 3982**. Segunda Turma .Rel. EDSON FACHIN, julgado em 07/03/2017. ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-117 DIVULG 02-06-2017 PUBLIC 05-06-2017

caso em tela opera a ausência de justa causa para a abertura de processo penal. Neste particular o entendimento adotado pelo STF atribuiu valor desproporcional ao depoimento dos delatores.

A jurisprudência do tribunal em destaque até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 havia se consolidado inclusive com decisão plenária[231] no sentido de que os depoimentos prestados por colaboradores eram insuficientes para, por si só, embasar decisão condenatória. Entretanto, dentro do juízo de admissibilidade da acusação, era permitido que este fosse baseado exclusivamente no conteúdo da delação premiada servindo como indício de autoria para o recebimento de denúncia.[232]

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes em decisão monocrática na Rcl 36542/PR[233], adotou posicionamento oposto, senão vejamos:

> Muito embora a legislação seja expressa em atribuir pouco valor à prova oral produzida pelo colaborador ("declarações"), todos os atos de colaboração têm valor probatório limitado. Tenho que os atos de colaboração devem ser encarados, a priori, com desconfiança.
>
> Nessa linha, entendo que essa é a orientação recentemente adotada pelo pacote anticrime (Lei 13.964/2019), ao proibir a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, o recebimento de denúncia ou queixa-crime ou a prolação de sentença condenatória com base apenas na colaboração premiada (art. 4º, §16, da Lei 12.850/2013).

Para o ministro, a verdadeira vocação probatória do acordo de cooperação seria a autorização para deflagração de uma investigação preliminar, não podendo portanto, servir como arrimo de medidas restritivas de direitos ou liberdade[234] de delatados, sendo que a previsão de que não haveria condenação baseada apenas nas declarações do colaborador seria o reconhecimento legal de que a prova produzida de forma interessada tem valor limitado.

O raciocínio compactuado também corrobora com o adotado neste estudo, primeiro pela observação de que existe um "ânimo de autoexculpação" do delator, pois este obtém a remissão de pena pela produção de prova contra coimputados. A isto refere-se que a fragilidade probatória advém do interesse em delatar para receber benefícios, assim, "presumir o interesse do colaborador em produzir ou alcançar provas forjadas não é um equívoco, mas um dever

---

[231] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inq 3983**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016

[232] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inq 4118**. Segunda Turma, Rel. EDSON FACHIN, julgado em 08/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe- 185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018

[233] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 36542 Extn-nona/PR**. Rel. Min. GILMAR MENDES, Decisão Monocrática. Julgamento: 17/12/2020 PROCESSO ELETRÔNICO Dje-297 DIVULG 18/12/2020 PUBLIC 07/01/2021

[234] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 289.

constitucional do juiz."[235] O natural é que o colaborador dê versões que lhe coloquem o mais próximo a uma posição melhor para negociar.

Destarte, embora seja uma prova admissível, a declaração do colaborador recebe um descrédito valorativo, por ser considerada impura, o que justifica o seu ontológico caráter inferior em relação ao testemunho[236].

Já no HC 187227/TO de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, posterior a vigência da lei 13964/2019, houve remessa ao entendimento produzido pelo tribunal pleno no INQ. 3.983, para informar que o depoimento colhido em colaboração premiada serviria como indício suficiente de autoria para fins de recebimento da denúncia.

Como se observa, alguns ministros continuam reproduzindo a jurisprudência anterior da corte, a despeito da alteração legislativa.

No Superior Tribunal de Justiça, antes da própria entrada em vigor do chamado "Pacote Anticrime", já era manifestado entendimento no sentido de atribuir à colaboração premiada a natureza jurídica de "meio de obtenção de prova", exigindo que as declarações do colaborador fossem acompanhadas por elementos de corroboração para sustentar eventual sentença condenatória.

Das decisões do referido tribunal em sede de delação premiada, inicialmente podemos destacar julgado da quinta turma de relatoria do ministro Felix Fischer sobre a adoção do princípio *pas de nullité sans grief* no ano de 2016, informando novamente a necessidade de demonstração de prejuízo concreto para a defesa para a declaração de nulidade.

No caso, fora pleiteado acesso à integralidade dos elementos de provas colhidos na investigação, todavia por considerar que não houve prejuízo a defesa não fora declarada a nulidade do ato processual. Isto porque "a eventual falta de acesso à fase preliminar de um acordo não tem o condão de anular o processo por cerceamento de defesa".

Consoante o posicionamento adotado neste estudo, o delatado também possui interesse na forma em que é celebrada o acordo, justamente porque critérios como o de voluntariedade podem ser conferidos em abstrato exigindo o dever de ofício por parte dos juízes em declarar o vício de elemento essencial do ato, logo a demonstração de prejuízo neste caso se faz justamente

---

[235] *Idem, ibidem.*
[236] BRASIL, Supremo Tribunal Federal**. Inq 3.994**. Segunda Turma. Redator para o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 18.12.2017, p. 2.779/2780.

do fato de ter o processo penal sido instaurado sem a garantia do exercício de ampla defesa e contraditório deste meio de prova.

Postura oposta está contida na recente decisão do HC 624.608/CE de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o caso versava sobre a inidoneidade de decreto de busca e apreensão fundamentado apenas em declarações de colaboradores.

Na hipótese, fazendo menção a atual redação de que medidas cautelares reais ou pessoais não serão decretadas com fundamento apenas nestes depoimentos, sequer foi necessário recorrer a fatos e provas diversas, pois foi verificado da leitura do decreto de busca e apreensão em desfavor do paciente que aquele se encontrava deficientemente fundamentado, porquanto embasado apenas em declarações de colaboradores, todavia a decisão informou que não existiria prejuízo de que fosse novamente decretada a medida em observância do regramento legal.

É digno de nota que referida decisão foi a única dentre as analisadas a utilizar o termo "nulo" e "anular" para implicar o saneamento do vício processual pela desconformidade do meio de obtenção de prova com os trilhos legais da lei 12850/2013.

4.5 Dos recursos e da impugnação de acordo por terceiro

O acordo de delação premiada não é um procedimento realizado com a observância do contraditório, por este motivo a decisão homologatória não produz coisa julgada material[237], todavia quando se inicia o processo penal é necessário que seja garantido ao delatado o direito de impugnar a homologação, fazendo valer seu recurso a ampla defesa e ao contraditório.

A colaboração premiada neste momento refere-se a procedimentos de natureza investigativa, e uma vez homologada torna-se parte do processo, sendo submetida a regime preclusivo. No entanto, a preclusão não pode ser operada com relação aos delatados enquanto estes não receberem a ciência por intermédio da intimação sobre os seus termos, principalmente enquanto o pactuado permanecer sob sigilo.

O parágrafo 7º-B, do artigo 4º da lei de controle do crime organizado, dispõe que são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar decisão homologatória,

[237] TÁVORA, Nestor ; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. p. 1022.

havendo então nulidade absoluta[238], quando houver disposição em sentido oposto resguardando direito do delator.

Não obstante a discussão sobre a natureza jurídica fixada no capítulo 1 desta pesquisa, onde a jurisprudência adotou o conceito de que o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual **personalíssimo**, a melhor interpretação é aquela que informa acerca da possibilidade de impugnação pelos prejudicados, ou seja, os corréus delatados pelo acordo[239].

A jurisprudência, no entanto, é majoritária no sentido oposto, o STF em plenário já fixou no HC 127.483/PR que é inadmissível a impugnação do acordo por coautores ou partícipes do colaborador, pois existe a possibilidade de contestarem as declarações do delator, e de confrontarem as medidas restritivas adotadas em seu desfavor, ainda que venham a ser expressamente nominados no instrumento de cooperação.[240]

Na linha desse precedente, o Superior Tribunal de Justiça, se manifestou em duas oportunidades sobre o assunto, primeiro informando que o contrato apenas gera obrigações e direito entre as partes celebrantes e que não interfere automaticamente na esfera jurídica de terceiros, razão pela qual estes, ainda que expressamente mencionados ou acusados pelo delator em suas declarações, não possuiriam legitimidade para questionar a validade do acordo celebrado. [241]

Também foi reforçado que o momento adequado para a impugnação das cláusulas é aquele posterior ao "eventual julgamento", quando os benefícios poderiam junto com outros elementos da instrução criminal se concretizar, não antes por ser mera "expectativa de direito".[242]

É certo que as cláusulas do acordo de colaboração premiada e a sentença de homologação devem estar submetidas ao princípio da legalidade, atender ao sistema constitucional brasileiro dentro da nossa lógica de sistema processual penal, bem como se

---

[238] TÁVORA, Nestor ; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. P. 1023

[239] TÁVORA, Nestor ; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. P. 1023

[240] BRASIL, Supremo Tribunal Federal**. HC 127483**. Tribunal Pleno. Rel. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO Dje- 021 DIVULG 03-02-2016, publicado em 04-02-2016.

[241] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RHC 43.776/SP**. QUINTA TURMA. Rel. Ministro JORGE MUSSI julgado em 14/09/2017, Dje 20/09/2017

[242] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **APN 843/DF**. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/12/2017, DJe 01/02/2018

sujeitar ao regime de nulidades, com vistas a assegurar garantias fundamentais do colaborador e dos delatados.[243]

É incoerente negar a terceiro imputado e diretamente envolvido no termo de declarações o direito de impugnar as cláusulas do acordo, haja vista que estas podem evidenciar constrangimento legal para as partes, para uma melhor análise dos pressupostos de admissibilidade e validade do acordo de cooperação.

Neste sentido, a segunda Turma do referido tribunal no final de 2020 passou a iniciar uma revisão do entendimento, ao firmar que além de ser negócio jurídico entre as partes, "o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de provas, de investigação, visando à melhor persecução penal de coimputados e de organizações criminosas."[244] Acabando por reconhecer o potencial impacto aos direitos dos corréus delatados, tendo o referido Colegiado decidido por ser possível a impugnação do acordo como forma de controle, para limitar o uso de cláusulas ilegais e benefícios *contra legem*.

No tocante a modificação das cláusulas do acordo pelo magistrado, o recurso admitido pela defesa atualmente ainda seria o Habeas Corpus, por estar-se tutelando algo que poderia a intervir na liberdade de ir e vir do agente em caso de violação e o recente posicionamento presente no HC 170.735/RJ, de relatoria do ministro Marco Aurélio julgado em 30/06/2020.

No caso de interposição de recurso pelo Ministério Público, se discute sobre a possibilidade de ser manejado Recurso em sentido estrito em analogia ou Correição Parcial, este debate ainda deve ser solucionado pela jurisprudência, mas o que se entende é que o recurso em sentido estrito possui rol taxativo e a correição parcial, serve para solucionar *error in procedendo*, não *error in judicando*.

Do exposto, depreende-se que antes o magistrado ficava restrito a análise da legalidade, e voluntariedade, hoje os benefícios propostos estão todos previstos na lei, que compreendem a redução de 2/3, o perdão judicial, a não persecução penal, e por fim a notícia inscrita que veda a possibilidade de progressão de regime de forma diferenciada, como era o caso que ocorria de cumprimento de prisão domiciliar em regime integralmente fechado; estes de forma cumulada são os requisitos da homologação do acordo.

---

[243] ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. In: **Parahyba Judiciária**, v. 11,2018. p. 436.
[244] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 142205**. Segunda Turma. Rel. GILMAR MENDES, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020, PUBLIC 01-10-2020.

A homologação conforme a análise apresentada, é proferida por sentença declaratória, sendo sentença com força definitiva fazendo jus a hipótese recursal do artigo. 593, II, do CPP, sendo certo que não produz coisa julgada material, operando apenas as regras que se relacionam a preclusão.

No entanto, após a promoção do levantamento do sigilo do acordo, deve no mínimo ser assegurado a intimação dos investigados delatados, para oferecer impugnação por meio dos recursos previstos no nosso ordenamento. Se não houver modificação do negócio jurídico na reforma -por meio dos recursos-, ou ainda se não houver impugnação por parte dos acordantes ou de qualquer interessado, com a preclusão do direito, ao Estado-juiz caberá respeitar o que fora delimitado de boa-fé nas cláusulas do acordo, sem possibilidade de revisão, analisando somente quando da aferição de efetividade na sentença final.

O direito dos réus -delator e coimputados-, tem origem nuclear constitucional referente ao contraditório e a ampla defesa, impedi-los de impugnar elementos processuais que produzirá eventual juízo de culpa é cerceamento de defesa e por certo deve ser amparado pelos regramentos que regem as nulidades.

Todavia, devem ser levantados questionamentos ainda da situação do corréu delatado, inicialmente foi vencido um obstáculo inicial sobre a ordem das manifestações, atualmente a redação do §10-A, do artigo 4º, da Lei 12850/2013, informa que em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou. Isto aconteceu devido ao embate acerca da situação processual do corréu delator, que não é réu comum, tampouco testemunha ou assistente de acusação[245].

O direito à última manifestação, nas colaborações premiadas orientadas à condenação de terceiros é definido como o direito do delatado de se manifestar sobre toda movimentação processual, seja por questões fáticas ou de direito, direcionadas a aumentar sua probabilidade de condenação.

[245] GREGO, Luís; LEITE, Alaor. O Status processual do corréu delator. In: **Jota**. Penal em Foco. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-status-processual-do-correu-delator-30092019. Acesso em 31 de agosto de 2020.

4.6 Direito dos delatados de falarem por último

Uma das controvérsias que foram decididas recentemente sobre o instituto se relaciona ao fato de que os prazos para apresentação de alegações finais eram os mesmos, tanto para a defesa quando para os delatores. É certo que o nosso ordenamento jurídico apenas admite como assistente aqueles previstos no rol do art. 268 e seguintes do Código de Processo Penal.

Todavia não é necessário grande esforço para reconhecimento de que ao ingressar no procedimento como delator, o réu para melhorar sua situação e obter os benefícios premiais, acaba tendo de imputar a prática de crimes a terceiros, estes que por sua vez são parte já fragilizada no processo, acabavam por ser novamente vitimizados ao não possuírem o direito de falar por último.

Felizmente a postura do Supremo Tribunal Federal foi alterada, em julgamento apertado, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. No HC 166373/PR [246] uma vez que o tribunal reconheceu que o direito à ultima palavra atribuída ao réu significa a consagração da garantia constitucional do *due process of law* (devido processo legal) no âmbito do processo penal.

O direito de permitir a contestação/impugnação de todas as alegações incriminadoras, efetiva o cumprimento do direito ao contraditório e à ampla defesa que são garantidos pela Constituição Federal, podendo o vício ser reconhecido como cerceamento de defesa ferindo elemento essencial de regularidade do ato processual, o mesmo raciocínio pode ser analisado para corrigir a interpretação do artigo 403 do CPP, preenchendo a lacuna legislativa ao equiparar o delator à acusação.

A inversão da ordem, certamente influiu nas decisões de processos passados, no entanto a modulação dos efeitos apresenta controvérsia pois, sabendo-se que réus delatados sofreram sanções desalinhadas com o sistema jurídico em clara violação da ampla defesa e do contraditório, o Supremo Tribunal Federal convalidaria atos inconstitucionais com o mesmo frágil discurso que fez membros do Ministério Público e delegados de polícia inserirem termos de acordo fora dos limites previstos em lei, trata-se de “combate a corrupção com corrupção”, o que não deve ser aceito.

---

[246] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 166373/PR**, Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 2.10.2019.

Mais uma situação processual a ser levada em consideração, tem a ver com o fato de que o réu delator seja ouvido separadamente sem a presença dos corréus, apesar de alinhado com o posicionamento prescrito pelo artigo 191 do Código de Processo Penal, verifica-se que referido dispositivo é frágil, não só pelo fato de que já deveria ter sido declarado inconstitucional a oitiva de acusados em momentos distintos longe da presença um do outro, mas pelo fato de que o status do réu colaborador já gozar de uma série de garantias de proteção.

Ora, se este não considera-se protegido está acontecendo violação da proteção pela atividade estatal, ademais tendo renunciado ao direito ao silêncio e buscado benefícios com esta renúncia, deveria ser posto à disposição do corréu delatado para manifestação, pois apesar de existir exercício de defesa técnica, acaba sendo mitigada a garantia constitucional a autodefesa[247] que permite ao acusado manifestar-se sobre todos os fatos imputados a seu respeito, o interrogatório sigiloso produz verdade -ou inverdade- sem obediência a ditames constitucionais, assim não estão sendo produzidas provas em sentido completo, determinando prejuízos a direitos fundamentais, o certo seria que o depoimento do delator deve em todas as situações ser assistido pelo delatado antes de prestar seus próprios esclarecimentos.

4.7 Aplicação de nulidades ao caso concreto

A nulidade é uma negação do direito, mas toda vez que verificarmos um fato vício, podemos aplicar uma consequência que pode vir a contestar os efeitos do ato viciado ou que confirme a produção de seus efeitos.

O ordenamento jurídico possui diversos enunciados que se sobrepõem, exigindo esforço do intérprete para atingir sua real compreensão, o resultado disto é a incidência de normas jurídicas constitutivas do sistema, esse sistema possui mecanismo de reação contra atos que ofendam a forma ditada de produção estatuída em suas estruturas[248].

O sistema de nulidades é dotado de estrutura com todos os elementos necessários para fundamentar a produção de normas jurídicas; sempre que produz uma nova, ele se realimenta da produção por ele mesmo ordenada (*autopoiesis*)[249].

---

[247] COSTA, L. P. ; ALENCAR, R. A. R. C. A presença do réu durante o interrogatório do corréu. In: **Justificando Carta Capital**, v. 1, p. 1-8, 2018.
[248] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 280.
[249] LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2019. p. 113.

É importante observar na esteira de Hans Kelsen que a relação entre a norma que regula a criação de outra pode ser apresentada como uma relação de supra e infraordenação, ou seja de norma situada em plano superior que constituirá norma inferior.[250]

Aplicando o cálculo normativo proposto por Alencar em matéria de colaboração premiada obteremos os seguintes resultados, iniciando com o caso dos depoimentos de colaboração premiada terem sido utilizados de forma contrária ao disposto na legislação após a vigência da Lei 13964/2019:

N_{nj}

N_f: ⇔ mandado de busca e apreensão em desacordo com o § 16º, art. 4º Lei 12850/2013, ausência de prova suficiente para deferir medida cautelar · A presença de outros elementos que corroborem o depoimento para deferimento de medidas cautelares reais ou pessoais é **essencial** →deve ser nulidade absoluta por violar o devido processo legal · deve ser produzido o consequente normativo de controle $N_{c;}$

↓

N_c: ⇔ reconhecida a nulidade absoluta em N_f · deve ser salvaguardado o princípio do contraditório e da ampla defesa – decorrente do devido processo legal (art. 5º LVI, CF). →deve ser decretada a invalidação do mandado de busca e apreensão e o desentranhamento da prova ilícita[251] ou ilegítima

Como visto, no HC 624.608/CE do STF, foi considerado que o mandado de busca e apreensão fora realizado com base isolada nos depoimentos do colaborador, a ausência de lastro probatório mínimo para fundamentar referida medida cautelar viola elemento nuclear constitucional de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal em conjunto com regramento expresso que prevê o defeito do ato em desconformidade com a ordem jurídica.

Logo, reconhecida a nulidade absoluta, deve ser imposto seu efeito, qual seja a invalidação do procedimento aquisitivo de provas, e o desentranhamento do material eventualmente apreendido.

De acordo com o capítulo 1, eventual ato dessa mesma natureza praticado na vigência anterior ao disposto no novo regramento, já era interpretado por este pesquisador como incompatível com o sistema de garantias fundamentais, para aplicar a invalidação como efeito,

---

[250] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 181.

[251] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 126-127.

inclusive poderia ser feita analogia ao valor probatório que já era pacificado na jurisprudência que impedia a prolação de sentença penal condenatória, o critério de autoalimentação do sistema já dava sinalização neste sentido, pois:

a) Somente seriam obtidos elementos que corroborassem ao depoimento durante o processo -uma vez que o Ministério Público já havia cessado a fase investigativa-, se houvesse uso extremado de iniciativa de produção probatória pelo magistrado, incompatível com o sistema acusatório adotado no ordenamento brasileiro;
b) A colaboração premiada possui valor diminuto, inclusive inferior a confissão, mas deve ao mínimo ser submetida aos requisitos atribuídos a esta, lembrando que "A restrição de direitos da pessoa não pode se dar exclusivamente a partir da palavra de pessoa colaboradora, naturalmente interessada, acima de tudo: na obtenção dos prêmios que a lei estabelece como contrapartida ao acordo"[252]

Por fim, podemos informar que acaso fosse adotado o critério referente à constitucionalidade do instituto obteríamos a seguinte representação do cálculo normativo:

N_{nj}

N_f:⇔ acordo de colaboração premiada realizado na forma do artigo 3º, inciso I da lei 12.850/2013, norma em desconformidade com o caráter irrenunciável dos direitos de primeira geração · O sistema processual penal brasileiro não admite suspensão compactuada de garantias, o elemento volitivo do agente para tomada de confissão foi violado (elemento **essencial**)→ deve ser nulidade absoluta por violar o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) · deve ser produzido o consequente normativo de controle N_c

↓

N_c: ⇔reconhecida a nulidade absoluta em N_f · deve ser a inconstitucionalidade do art. 3º, inciso I da lei 12.850/2013 → deve ser decretada a invalidação do acordo de colaboração premiada e desentranhado o meio de prova dos autos – depoimento-

[252] ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva jur, 2020. 248 p.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve a finalidade de buscar compreender o instituto da colaboração premiada, suas hipóteses de celebração de acordo e os principais debates no que concerne sua legitimidade constitucional e eventuais violações aos direitos de primeira geração, tanto do delator quanto dos corréus.

Inicialmente fora desenvolvida hipótese questionando o valor probatório da colaboração e se esta possuiria robustez suficiente para fundamentar sentença penal condenatória, a resposta foi negativa, uma vez que inadequada ao conceito de prova em sentido estrito ou sentido completo apresentados nesta pesquisa, não constituindo prova plena.

Desse argumento foi promovido debate sobre a constitucionalidade do instituto, obtendo a consequência jurídica de que seria incompatível com o sistema de garantias previstos na Constituição Federal, pela suspensão compactuada de direitos indisponíveis que representam notadamente à liberdade, -presunção de inocência e correlatos.

Também foi promovido estudo sobre os vetores de julgamento criminais, cujo o resultado dentro da sistemática processual penal brasileira impedem a condenação como regra, servindo como controle ao exercício de poder jurisdicional, foi observado que a colaboração premiada não passa pelo escrutínio de correção científica ou com a acepção de verdade adotada, sendo impedida de passar por quaisquer dos parâmetros do percurso da prova, quais sejam de admissibilidade (iniciativa), relevância (proporcionalidade), confiabilidade (fiabilidade) e confronto (contraditório e ampla defesa), para permitir a construção de argumentos que constituam afirmações.[253]

Neste sentido houve conceituação do instituto da colaboração premiada, que compreendeu a natureza jurídica e o dever de lealdade processual, apresentando o instituto como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova ou ainda técnica especial de investigação.

No capítulo 3 foram discutidos os requisitos objetivos e subjetivos do acordo, numa tentativa de dirimir dúvidas daqueles que irão operar na prática com o instituto, trazendo debates que poderiam levar o acordo de cooperação a ser considerado defeituoso por inobservância a legalidade estrita e outros princípios que regem a estrutura da norma processual penal.

[253] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp -** Entre Aspas, v. 6, 2020. p. 190.

Foi apresentada a possibilidade de obtenção de prêmio mesmo que exista recusa de negociação pelo celebrante; bem como análise dos requisitos objetivos da regularidade, legalidade e voluntariedade, impedindo a redação de cláusulas abusivas ou que prevejam prêmios contrários ao ordenamento jurídico.

Sobre a voluntariedade foi promovido extenso debate sobre as prisões que almejam a coação psíquica dos delatores para com a finalidade de celebrar acordo, apontando controvérsias jurisprudenciais que poderiam vir a causar máculas ao procedimento no tocante ao elemento volitivo do agente.

Ainda foram debatidos os direitos à assistência técnica, que nem sempre gera presunção de legitimidade do ato, uma vez que o controle dos atos jurisdicionais deve ser realizado pelo magistrado, inclusive de ofício, notadamente nos casos que envolvam a incidência das nulidades no processo penal.

No capítulo 4, foi introduzida a real acepção da teoria da nulidade no processo penal, de acordo com marco teórico do estudo, explicando o real sentido do regramento que se refere a essa espécie de defeitos jurídicos, apresentando suas espécies, bem como os efeitos que podem advir de cada decisão que produzirá norma individual e concreta.

Fora analisado os debates mais atuais sobre colaboração premiada sob à ótica das nulidades, por intermédio de estudo de decisões dos tribunais superiores, aplicando-se o cálculo normativo em caso concreto para coibir imprecisões jurídicas que por ventura se valham as decisões judiciais sobre a matéria; possuindo uma finalidade propositiva de que o estudo das nulidades pode trazer ao processo penal o real cumprimento dos direitos e garantias fundamentais do nosso ordenamento.

A estrutura do sistema de nulidades se autoalimenta e deve ser usada sempre com a ótica de maximização de garantias fundamentais, oferecendo contraponto aos espaços de contingência frequentemente utilizados para aumentar o arbítrio do estado face ao alvo de persecução criminal.

Por isto se demonstrou tão importante realizar diálogos entre autores que tratam sobre a matéria, realizando perquirição entre a doutrine e jurisprudência, enfrentando até mesmo argumentos sobre a ética da utilização do instituto pelo estado e o ânimo de “autoexculpação” do delator.

À guisa de conclusão, é importante mencionar que o principal resultado a que se dirigiu o estudo, qual seja, a (in)suficiência probatória e a colaboração premiada como único elemento do ato aquisitivo de provas obteve ilação de que esta não pode fundamentar nenhuma das decisões do §16 do art. 4º da lei 12.850/2013, sendo o seu uso não recomendado pelo operador

do direito, uma vez que existe grande possibilidade de invalidação de seus efeitos acaso a análise seja realizada de maneira cientificamente adequada.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. In: **Parahyba Judiciária**, v. 11, p. 413-439, 2018. Disponível em:https://ns1.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf> acesso em 31 de agosto de 2020.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. 1056p.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual**: em conformidade com a teoria do direito. 1ª ed. São Paulo: Noeses. 1002p.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 585-586

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; Távora, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 15. Rf. Reestrut., revis. e atual. – Salvador:Ed. JusPodivm, 2020. P.1019

ALMEIDA, Ananda França de. **A (in) compatibilidade da ampla discricionariedade do órgão acusatório, inerente ao plea bargaining norte-americano, com o princípio da legalidade no acordo de colaboração premiada.** Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS.

APN 843/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/12/2017, DJe 01/02/2018

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva jur, 2020. 248 p.

AURÉLIO, Diogo Pires. Espinosa, Kelsen e a natureza da norma jurídica. In: **Discurso**, 45(2), 147-186p. 2015. Disponível em: https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.2015.112513.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. A estrutura acusatória da investigação criminal: análise a partir da lei n. 13.964/2019. In: **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), v. 19, n. 32, p. 1-31, 2021. P. 22.

BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, In: **Consulex: revista jurídica**, Brasília, v.19, n. 443, p. 26-29, fev. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171. Acesso em 31/05/2021.

BARROS, Bruno. **Aplicação do princípio da proporcionalidade na prisão processual**, Maceió, Impresso por: Imprensa oficial Graciliano Ramos 2013 P. 152.

BARROSO, Luis Roberto. **Retrospectiva 2014** – Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos:** teoria geral e dogmática; tradução Karina Jannini; a partir da segunda edição revista e ampliada por Giuliano Crifò; revisão técnica Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 91.

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

BITTAR, Walter Barbosa; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado. In: **Boletim IBCCRIM**. Ano 27 - Nº 322 - Setembro/2019 - ISSN 1676-3661. 19-21p., p.21.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 122, n. 2016, p. 359-390, 2016. p.12.

BOUZA, Thiago Brügger da. **Da teoria à prática: prisões cautelares, liberdades provisórias, e delação premiada** – o caso Paulo Roberto Costa. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **HC 307.959/SP**, Relator Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 01/10/2015, publicado em 26/10/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **APN 843/DF**. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/12/2017, DJe 01/02/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Rcl 31.629-PR**. Corte Especial. Rel. Min. Nancy Andrighi, publicado no Dje em 28 set. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RHC 43.776/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, Dje 20/09/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RHC 43.776/SP**. QUINTA TURMA. Rel. Ministro JORGE MUSSI julgado em 14/09/2017, Dje 20/09/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal Rcl 24.116/SP, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 13-12-2016, DJE 28 de 13-2-2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363144/false.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5508/DF**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20 jun. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ** RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI, 27/08/2015 PLENÁRIO. Link para acesso encontrado em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666, acesso em 31/08/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal**. HC 127483**. Tribunal Pleno. Rel. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO Dje- 021 DIVULG 03-02-2016, publicado em 04-02-2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 142205**. Segunda Turma. Rel. GILMAR MENDES, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020, PUBLIC 01-10-2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 151605/PR**. Segunda turma. Rel. Min. Gilmar Mendes – Julgado em 20 mar. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 88.190, voto do rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 29-8-2006, DJ de 6-10-2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92809/false.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal**. Inq 3.994**. Segunda Turma. Redator para o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 18.12.2017, p. 2.779/2780.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inq 3982**. Segunda Turma .Rel. EDSON FACHIN, julgado em 07/03/2017. ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-117 DIVULG 02-06-2017 PUBLIC 05-06-2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inq 3983**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inq 4118**. Segunda Turma, Rel. EDSON FACHIN, julgado em 08/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe- 185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inq. 3.994.** Segunda Turma. Rel. para acórdão Min. Dias Toffoli.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inq. 4442, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 06/06/2018, publicado em DJe-116, divulgado em 12/06/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Inq. 4458, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em: 11/09/2018 publicado em DJE-208, ata nº 143/2018, divulgado em 28/09/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pet 5.700**. Decisão monocrática. Rel. min. Celso de Mello, julgado em 22 de setembro de 2015, Dje 190 de 24 de setembro de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **PET 7074** QO/DF. Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29 de junho de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 23.101, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 22-11-2016, DJE 259 de 6-12-2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur361462/false

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 23.101**. Segunda Turma. Rel. min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22 de setembro de 2016, DJe 259 de 06 de dezembro de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur361462/false

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 24.116/SP**. Segunda Turma. Rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 13 de dezembro de 2016, Dje 28 de 13 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363144/false

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 31.213 MC**, Decisão monocrática. Rel. min. Marco Aurélio, julgado em 20 de agosto de 2018, Dje 174 de 24-8.2018

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 36542 Extn-nona/PR**. Rel. Min. GILMAR MENDES, Decisão Monocrática. Julgamento: 17/12/2020 PROCESSO ELETRÔNICO Dje-297 DIVULG 18/12/2020 PUBLIC 07/01/2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tese definida no RE 593.727, rel. min. Cezar Peluso, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 14-5-2015, DJE 175 de 8-9-2015, Tema 184. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur318423/false

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região 5021921-19.2016.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relator LUIZ CARLOS CANALLI, juntado aos autos em 15/12/2020.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 5021921-19.2016.4.04.0000. Sétima Turma. Rel. Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 15/12/2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 18 out 2018.

BRASIL. **Orientação Conjunta nº 1**, Ministério Público Federal. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). AgR-segundo no inquérito n. 4327/DF, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 19/12/2017, publicado em 09/08/2018, STF, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus no 70.600**. "Habeas corpus" - crimes de tráfico de entorpecentes e de associação criminosa em matéria de entorpecentes (...) Falta de comparecimento do defensor constituído em audiência de instrução - designação de defensor "ad hoc" - possibilidade – (...) Superveniente intervenção de advogado constituído - interposição de peça insatisfatória – réu considerado indefeso - constituição do mesmo defensor pelo réu para atos posteriores - indisponibilidade do direito de defesa - nomeação, pelo juiz, de defensor dativo - garantia do direito de defesa - pedido indeferido. Relator(a): Min. Celso de Mello. 14 abr. 1994. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601169. Acesso em 31 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus no 84.156**. Inquérito policial - arquivamento ordenado por magistrado competente, a pedido do ministério público, por ausência de tipicidade penal do fato sob apuração - reabertura da investigação policial -

impossibilidade em tal hipótese - eficácia preclusiva da decisão judicial que determina o arquivamento do inquérito policial, por atipicidade do fato - pedido de "habeas corpus" deferido. Relator(a): Min. Celso de Mello. 26 out. 2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384937. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Inquérito no 2028**. Denúncia contra senador da república e outros agentes. Pedido de arquivamento do inquérito pelo então procurador-geral da república. Posterior oferecimento da denúncia por seu sucessor. Retratação tácita. Ausência de novas provas. IMPOSSIBILIDADE. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. 28 abr. 2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8067. Acesso em: 30 ago 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127483**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO Dje- 021 DIVULG 03-02-2016, publicado em 04-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 142205**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020, PUBLIC 01-10-2020.

CALLEGARI, André Luis. **O STF e a razoável duração da investigação** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-a-razoavel-duracao-da-investigacao-21092018> Acesso em: 17/10/2018.

CAMBI, Eduardo; Kichileski, Gustavo. **Whistleblowers no enfrentamento à corrupção**. Revista dos Tribunais | vol. 1013/2020 Mar/2020. p. 177 – 198.

CHAVES, Á. G. O.; FERREIRA, P. V. P.. A 'lei anticrime' e a valoração das palavras do colaborador na decretação da prisão preventiva. In: **Boletim do IBCCRIM**, v. 340, p. 8-11, 2021 p. 10.

CÔRTES, Pâmela de Rezende. A Quem Você é Leal? Motivações para o whistleblowing. In: **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 142-157, 2021.

COSTA, L. P.; ALENCAR, R. A. R. C.. A presença do réu durante o interrogatório do corréu. In: **Justificando Carta Capital**, v. 1, p. 1-8, 2018.

CRUZ, José. **Delegado da PF mostra que delação de Palocci foi inventada**, 16 de agosto de 2020. Link para acesso: https://www.conjur.com.br/2020-ago-16/delegado-pf-mostra-delacao-palocci-foi-inventada Acesso em: 31/08/2020.

DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n. 1, 2018. 107-144P. p.132-133.

DIDIER JR. Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: **Civil Procedure Review**, v.7, n.2: 135-189, may-aug., 2016.

DINIZ, Natália Raugusto. A utilização da prisão preventiva como meio de alcançar a colaboração premiada. In: **Caderno Virtual**, v. 2, n. 44, 2019. P.22

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal; prefácio da 1ª Ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. **Criminalidade organizada**: comentários à Lei 12850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. P. 133-134.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do "giusto processo" na Itália. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai.-ago. 2017. Disponível em: http://oaji.net/articles/2017/3904-1497346649.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2020.

FREITAS, Marcio dos Santos Alencar; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O abuso processual na colaboração (delação) premiada: uma visão do instituto sob a óptica do princípio da boa-fé objetiva. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 20, n. 3, 2019. p. 327.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. 406p.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.71.

GREGO, Luís; LEITE, Alaor. O Status processual do corréu delator. In: **Jota**. Penal em Foco. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-status-processual-do-correu-delator-30092019. Acesso em 31 de agosto de 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.114.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

KALKMANN, Tiago. Análise Econômica da Racionalidade do Acordo de Colaboração Premiada. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 469-504, jan.-abr. 2019. p. 28.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional** – A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à efetividade estatal de persecução criminal. In: **Garantismo penal integral**. Organizadores: Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: juspodivm, 2010 p. 267.

LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime organizado & a prova penal.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2019.

MACÊDO RIBEIRO, M. H.; SAMPAIO, A. R.; MELO, M. E. V. Justiça negocial e garantismo penal: a fragilização da epistemologia garantista a partir da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. In: **Revista Direito em Debate**, *[S. l.]*, v. 30, n. 55, p. 215–229, 2021. DOI: 10.21527/2176-6622.2021.55.215-229. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10131. Acesso em: 25 set. 2021.

MARINHO DE MELO, C. V.; NUNES DA SILVA JÚNIOR, W. Colaboração premiada unilateral como direito subjetivo. In: **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 13, n. 2, p. 123-147, 31 mar. 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 6ª ed., ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2021.

MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Rio de Janeiro, 2009, 111p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

MAXIMILIANO, Carlos **Hermenêutica e aplicação do direito** 9ª ed.– Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo**'. Dissertação de Mestrado – Direito Penal. PUC-SP. 2006. 237p p.234
Notícias **STF homologou mais de uma centena de delações no âmbito da Lava Jato.** Multas arrecadadas com os acordos somam R$ 784 milhões. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/301349/stf-homologou-mais-de-uma-centena-de-delacoes-no-ambito-da-lava-jato

Notícias STF, **STF conclui julgamento sobre limites da atuação do relator em colaborações premiadas,** 29 de junho de 2017, Link: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348254, acesso em: 31/08/2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8ª ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: forense, 2014. p. 728-729

OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. In: **Migalhas.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em 31 ago 2020. P. 12

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmico**s: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P.31.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006, p. 110-111.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Hard-cases e leading-cases no campo do direito à educação: o caso das quotas raciais. In: **Revista de Direito Educacional**, São Paulo, P. 245-275

RIBEIRO, Sérgio Dayrell. Aspectos controversos da delação premiada. In: **synthesis**. Revista Digital FAPAM, v. 2, n. 1, p. 77-84, 2010. p.78.

RICHTER, André. **Decisão de Fux suspende mais três pontos do pacote anticrime**. *Suspensão vale até o julgamento de mérito da ação pelo plenário*. 22/01/2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-01/decisao-de-fux-suspende-mais-tres-pontos-do-pacote-anticrime.

ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª edição Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Procedimentos e nulidades no jogo processual penal**: ação, jurisdição e devido processo legal. Florianópolis: Empório modara, 2018. 219p.

ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz**. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2ª ed. Florianópolis [SC]: Emais, 2019. 378p.

ROSA, Alexandre Morais. O regime de nulidades no processo penal seria um privilégio? Leitura constitucional do jogo processual. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). **Controvérsias Criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015. 800 p.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiad**a. 3ª ed. ver., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SCHREIBER, Anderson**. A proibição do comportamento contraditório.** Tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016 p.180

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015,

SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. **Colaboração premiada**: a palavra do colaborador como meio de prova e a busca da verdade. 1ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P.115-120

SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SOARES, Marcelo Negri; DA SILVA, Flávia Cassiano Barros. Delação premiada: dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. In: **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro-RECONTO**, v. 3, n. 2, p. 042, 2020.

TARUFFO, Michele**. La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta. 2005. 542

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Novo curso de direito processual penal**. 15. ed. Maceió/AL: Juspodivm, 2020. v. 1. P. 1019

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Valor probatório da colaboração premiada. In: **Revista da Unicorp** - Entre Aspas, v. 6, p. 182-191, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Thomson Reuters. Brasil, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.