



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A  
VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Alvaro Augusto Ramos Lemos

Rio de Janeiro  
2020

ALVARO AUGUSTO RAMOS LEMOS

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A  
VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro  
2020

## A INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Alvaro Augusto Ramos Lemos

Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós - Graduado em Direito Processual Civil e Gestão Jurídica pelo Ibmecc- Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais.

**Resumo** – Cada vez mais se constata a tendência de expansão da justiça criminal negocial no cenário brasileiro do processo penal, com destaque para o instituto da colaboração premiada. Contudo, com o triunfo indiscriminado da barganha da colaboração, vêm à tona fundamentais complicações processuais, sobretudo devido à tensão que esse novo panorama ocasiona aos direitos e garantias constitucionais fundamentais que estruturam o processo penal. A essência do trabalho é abordar tais violações constitucionais, em especial o direito ao silêncio, proporcionalidade, anterioridade, individualização da pena e devido processo legal, propondo, ao final, a estruturação de barreiras e filtros, como meio de se mitigar as inevitáveis transgressões à Constituição.

**Palavras Chave** - Direito Penal. Colaboração Premiada. Inconstitucionalidade. Princípio da Não Autoincriminação. Anterioridade e proporcionalidade da pena. Devido processo penal.

**Sumário** – Introdução. 1. Da inconstitucionalidade da renúncia ao direito ao silêncio 2. Da inconstitucionalidade pela violação da legalidade, anterioridade, proporcionalidade e individualização da pena. 3. Da inconstitucionalidade pela violação do contraditório, ampla defesa e obrigatoriedade da ação penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O tema da inconstitucionalidade da colaboração premiada mostra-se relevante pelo destaque do referido instituto negocial e sua tendência de ampliação dentro processo penal brasileiro, tendo sido popularizada principalmente pela denominada Operação Lava-Jato. Em que pese os avanços no combate às organizações criminosas, pelo que não se nega ter se demonstrado eficiente instrumento persecutório penal em alguns casos concretos, não se pode olvidar algumas relevantes controvérsias jurídicas, que têm como base a inobservância do próprio texto fundamental.

Desse modo, com o triunfo da barganha sobre o processo penal, basilares problemas afloram, especialmente diante da tensão com direitos e garantias fundamentais que estruturam o processo penal e constitucional. Assim sendo, o presente trabalho pretende abordar o tema da inconstitucionalidade da colaboração premiada, expondo a violação de promessas fundamentais e visando à limitação de tais tendências. Tais violações podem se constituir sobre diferentes formas como, por exemplo, a interrupção do devido processo legal, a

renúncia ao direito de silêncio, a desigualdade na aplicação das penas, bem como a limitação do poder punitivo estatal. Assim, estruturam-se os seguintes problemas, que guiarão o desenvolvimento deste trabalho:

Inicia-se o primeiro capítulo questionado se a colaboração por si só fere o princípio da não autoincriminação, considerando que há previsão de renúncia ao direito ao silêncio. Nesse sentido, indaga-se se é possível tal sacrifício de uma garantia constitucional e se problematiza o fato de o delator poder ser coagido/corrompido a romper com o silêncio.

Segue-se questionando, no segundo capítulo, a desarrazoada discricionariedade do Ministério Público em estipular a sanção a que o colaborador estará submetido. Nesse sentido, discute-se a violação do princípio da anterioridade da pena, bem como da garantia da proporcionalidade na aplicação aos agentes criminosos. Ressalta-se também se o Estado não está a premiar quem teve uma atitude de traição, bem como se esse instrumento não é comumente utilizado apenas em determinados crimes, desatendendo o anseio popular e próprio intuito da pena. Por fim, no terceiro capítulo, enfocam-se as demais consequências para o devido processo penal, destacando-se a violação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, considerando a possibilidade de sequer haver denúncia pelo Ministério Público.

Objetiva-se, portanto, demonstrar as inconstitucionalidades presentes na colaboração premiada, lacunas na lei e principais pontos causadores de injustiça. O trabalho pretende realizar um estudo dogmático crítico, além de propor critérios e regramentos para sua limitação e racionalização do instituto. O trabalho pretende, desse modo, realizar um estudo dogmático crítico, além de propor critérios e regramentos para limitação e racionalização do instituto da colaboração.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e a abordagem do objeto será qualitativa, pretendendo o pesquisador se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese.

## 1. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RENÚNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO

Um dos requisitos indispensáveis para a confecção do acordo de colaboração premiada é o fato de que colaborador, nos depoimentos que prestar, deverá renunciar, na presença de seu defensor, o direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de

dizer a verdade, conforme expresso no §14 do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13)<sup>1</sup>.

Pelo princípio da não autoincriminação, a discussão doutrinária configura-se na inconstitucionalidade da necessidade de o acusado confessar os fatos que tenha conhecimento em troca de benefícios processuais. Por exemplo, Natalia Carvalho<sup>2</sup> defende que “diante da possibilidade de obtenção do prêmio estatal, o indivíduo tem sua liberdade vulnerada, restando compelido a cooperar com o desenvolvimento da atividade empreendida pelo Estado”.

Nesse sentido, tem-se como controversa a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada, uma vez que o disposto no referido artigo prevê expressamente que o acusado deverá renunciar ao seu direito fundamental ao silêncio como requisito para o estabelecimento do acordo, podendo, ou melhor, “devendo”, inclusive, produzir prova contra si. Para José de Assis Santiago<sup>3</sup>, a referida norma é inconstitucional, pois “não pode lei infraconstitucional excepcionar garantia fundamental ao silêncio e não autoincriminação; onde a Constituição não excepcionou, o legislador não pode criar exceção”.

Como exemplo prático de autoincriminação, pode-se citar a hipótese de muitos investigados que, em tese, poderiam ser beneficiados com uma sentença absolutória por insuficiência probatória ou pelo princípio do *in dubio pro reo*, mas que temerosos acabam por se auto incriminar, renunciando ao seu direito ao silêncio.

Vale ressaltar que como implicações da renúncia do direito ao silêncio, o colaborador fica constrangido a conceder declarações a todo o momento em que for solicitado em interrogatório. Tal fato pode resultar, na prática, em uma série de falsas declarações forçadas sob coação, na qual se incluem inverídicas incriminações, considerando que o colaborador se veria pressionado a prestar um depoimento impreciso, ainda que sem nexos causais com os delitos postos em acordo, visando à conquista da benesse legal. Diante disto, há possibilidades concretas de frustradas tentativas de colaboração premiada, tendo em vista que o depoimento prestado pelo acusado poderá não resultar em referências objetivamente eficazes para a investigação criminal.

Neste contexto, é melhor para o órgão investigador iniciar seu procedimento investigatório com ausência de informações do que com dados falsos, os quais podem

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 12850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2020.

<sup>2</sup> CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 114.

<sup>3</sup> SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua desconformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. In: MENDES, Soraia da Rosa. *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016, p. 120.

inclusive incriminar terceiros. C ezar Roberto Bitencourt<sup>4</sup> chama o instituto de trai o bonificada, afirmando que “aquele que   capaz de trair, delatar ou denunciar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar, manipular para merecer o que deseja”.

A previsão do compromisso de dizer a verdade já mencionada também   controvertida. Segundo o artigo 203 do Código de Processo Penal<sup>5</sup>, tão somente a testemunha compromete-se a dizer a verdade, sendo que a viola o de tal preceito enquadra-se no delito tipificado no artigo 342 do Código Penal<sup>6</sup>, qual seja, o falso testemunho. O compromisso legal de dizer a verdade por parte da testemunha, muito mais do que um ato de colabora o com a administra o da justiça,   uma garantia processual do acusado, o qual não poderá ser surpreendido com um depoimento mentiroso ou completamente alheio   dinâmica dos fatos, sendo-lhe permitido inclusive contraditar a versão apresentada em juízo.   de se destacar que a testemunha não   parte do processo, portanto, não possui interesse direto no seu desfecho; logo, tem o dever de depor e colaborar com a persecu o penal, sendo-lhe defeso falsear os fatos, de modo que o artigo 206 do CPP<sup>7</sup>, não lhe permite se afugentar da intima o judicial, salvo em hipóteses específicas.

Por sua vez, há um fator essencial e distinto para compreender a figura do colaborador: seu interesse processual direto. Deste modo, não há como exigir-se do acusado colaborador que obre com a verdade, justamente porque o mesmo não deixou de ser parte do processo penal e, por conseguinte, deve manter suas garantias processuais íntegras, dentre elas a desnecessidade de colaborar. Assim sendo, no que se refere ao compromisso legal com a verdade por parte do delator, este não pode ser responsabilizado criminalmente pelo descumprimento do acordo, uma vez que a sua san o reside justamente na negativa do benefício acordado, de modo que não   nem de perto uma figura processual que se assemelha a uma testemunha.

Assim sendo, a não autoincrimina o   violada porque a recompensa da colabora o elimina o caráter voluntário da confissão. O art. 4  da Lei n  12.850/2013<sup>8</sup>   claro ao eleger a voluntariedade como pressuposto para a homologa o da colabora o premiada. Em rela o ao caráter voluntário da confissão, o direito de escolha entre colaborar ou permanecer em

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários   Lei de Organiza o Criminal: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.117.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL, op.cit., nota 5.

<sup>8</sup> BRASIL, op.cit., nota 1.

silêncio é visto com insatisfação por parte da doutrina pelo fato de exercer, de forma subliminar, uma pressão psicológica sobre o colaborador e, com isso, direcionar o acusado à escolha pela colaboração, ferindo, dessa forma, de maneira clara, a espontaneidade.

Tal questão da voluntariedade consubstanciada na ausência de coação se agrava quando o réu colaborador está preso, considerando que a prisão pode ser utilizada com o propósito específico de facilitar a confissão ou estimular a cooperação. Resta, então, a pergunta se a condição de preso é compatível com a voluntariedade exigida pela lei. Gustavo Badaró<sup>9</sup> defende que a incompatibilidade entre voluntariedade e prisão se inicia com a própria semântica das palavras, trabalhando as duas como antagônicas, não sendo passíveis de conciliação:

[...] voluntário advém do latim *voluntarius*, a, um, significando “que age por vontade própria”. Um agir voluntário é, portanto, um ato que se pode optar por praticar ou não. É atributo de quem age apenas segundo sua vontade. Ou, definindo negativamente: voluntário é o agir que não é forçado. Por outro lado, que prisão é coação, é o que diz a própria Constituição, assegurando o *habeas corpus* para quem sofre “coação em sua liberdade de locomoção”, de modo ilegal. [...]

No mesmo sentido, outros procuram demonstrar que a prisão é o momento de vulnerabilidade maior do investigado ou acusado, o que lhe retira a possibilidade de escolha voluntária, uma vez que o cerceamento da liberdade é descrito como o momento mais aterrorizante pelo qual está passando o investigado. Assim sendo, se o objetivo único do réu for alcançar sua liberdade o quanto antes, assim o fará, incluindo assumir o papel de colaborador. Portanto, sem liberdade plena, inexistente a voluntariedade, de modo que a restrição da liberdade física suprime a liberdade de opção. Em suma, o acusado ou investigado é capaz de fazer o que for preciso ou imposto para recuperar sua liberdade ou nela permanecer, uma vez que a soberania de locomoção é inerente às condições humanas, impactando consideravelmente em sua escolha por uma liberdade mais rápida.

Vale ressaltar que a prisão preventiva no ordenamento pátrio só tem cabimento nas situações específicas descritas nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal<sup>10</sup>. Quando a prisão tem por finalidade obter uma delação há um desvio de finalidade da prisão preventiva e um tratamento degradante, está se obtendo a delação por coação e contaminando a prova que já nasce eivada de ilicitude, corrompendo também o processo como um todo.

---

<sup>9</sup> BADARÓ, Gustavo. *Quem está preso pode delatar?* Disponível em: <[http://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015](http://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015)>. Acesso em: 04 mar. 2020.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

Portanto, visto que o direito ao silêncio está ligado ao direito do acusado de não colaborar com o Estado na persecução criminal, não pode a Polícia ou o Ministério Público, tampouco o Judiciário esperar que o suspeito “coopere” com as investigações. Romper de imediato o direito ao silêncio é muito cômodo para o Ministério Público, visto que não teria que ser tão eficaz na investigação e instrução probatória, considerando que conta com uma confissão do delator como poderoso elemento de convencimento do juiz. Deste modo, o ideal é que o réu se mantenha inerte na relação processual, cabendo ao Ministério Público fazer desaparecer o estado de inocência presumida, pois é da acusação o ônus da prova, mantendo-se assim a higidez do processo penal.

## 2. DA INCONSTITUCIONALIDADE PELA VIOLAÇÃO DA LEGALIDADE, ANTERIORIDADE, PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da legalidade deve ser observado por qualquer operador do direito, sendo de tal importância especificamente em matéria criminal que o Código Penal começa justamente destacando tal princípio. Trata-se, portanto, de um ordenamento pautado na noção de legalidade estrita, pelo que tal apego a noção de legalidade jamais poderia ceder lugar à legalidade de emergência, conveniência. No entanto, o acordo de delação premiada previsto na Lei nº 12850/13<sup>11</sup> caminha justamente em sentido contrário, ampliando a chamada justiça de barganha neste campo do direito.

Tal ordenamento prevê consequências próprias sancionatórias, por muito distintas daquelas previstas originariamente no Código Penal. O art. 4º da Lei nº 12850<sup>12</sup> diz expressamente que o réu colaborador eficaz terá em troca uma gama de benefícios, podendo o delator ser premiado com as hipóteses do perdão judicial, redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade, bem como substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Essas benesses fogem à intenção do legislador original, transformando por completo a pena em concreto, pelo que a sanção passa a ser praticamente uma discricionariedade e não uma imposição legal.

Desse modo, fere-se de plano o princípio da legalidade e da anterioridade da pena, considerando que o ator jurídico que de fato acaba por ter papel principal em fixar a sanção não é o próprio ordenamento ou tampouco o juiz, mas sim o Ministério Público, o qual normalmente firma os acordos.

---

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>12</sup> Ibid.



No entanto, por previsão constitucional, o parquet é órgão que deveria se ater tão somente a investigar ilícitos e propor as respectivas ações criminais.

Eis a lição de Canotilho e Brandão<sup>13</sup> quanto ao papel reduzido do estado juiz nas delações:

[...] homologando o acordo, o juiz não se limita a declarar a sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas [...]

Assim sendo, o magistrado fica vinculado ao acordo no momento do sentenciamento. Preenchidos os requisitos, a concessão passa a ser de observância quase obrigatória. Ocorre assim a caracterização de uma atuação burocrática do juiz, considerando que como regra geral apenas aplica o que já fixado em acordo, o que torna questionável a sua independência e frágil o dever a ele conferido de prestar tutela jurisdicional.

Desse modo, devido ao pacto de cooperação, não há necessariamente conformidade entre a aplicação da pena e a desejada convicção íntima do magistrado e da própria lei. A sanção, portanto, acaba por destoar do previsto originariamente no tipo penal, bem como guarda maior independência dos elementos que poderiam em tese influenciar a fase da dosimetria da pena, a exemplo daqueles elencados no art. 59 do Código Penal<sup>14</sup>, os quais são normalmente ponderados pelo magistrado nos casos concretos.

A legalidade estrita é também agredida sobre outro prisma, qual seja, a promessa e a concessão de prêmios ilegais, as quais não encontram previsão na lei citada, que por sua vez é clara e taxativa, permitindo tão somente as três alternativas já expostas. Há casos concretos registrados em que se aplicaram patamares diferenciados da redução de dois terços, bem como regimes de cumprimento de pena inexistentes, chegando-se à aberrante condenação em dezenas de anos ser transformada em prisão domiciliar, o que é legalmente impossível, a partir de uma simples leitura do artigo 318 do Código de Processo Penal<sup>15</sup>.

Em caso de prêmios ilegais, o Ministério Público age para além de juiz; atuando como verdadeiro legislador, não havendo limite à criatividade dos procuradores na negociação, como é próprio da função legiferante.

---

<sup>13</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2017, p. 133-171.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

Isso porque transforma regras cogentes e imperativas em cláusulas negociais, como se a sanção penal possuísse caráter amplamente disponível por parte do Estado. Com a finalidade de a qualquer custo obter uma enganosa verdade real e tendo ao seu lado a igualmente sofismável roupagem de combate à criminalidade, o Ministério Público finda por ter carta branca para atuar de modo distinto ao que lhe é constitucionalmente designado.

De igual modo, a colaboração premiada fere o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, considerando que há possibilidade significativa da diminuição da pena na figura exclusiva do delator, o qual por sua vez praticou idêntico ou similar crime em relação a terceiros delatados não contemplados pelo acordo.

Nesse sentido, o instituto é também criticável porque acaba por premiar justamente o traidor, o que é moralmente controverso, de forma que é questionável se tal conduta antiética da infidelidade deveria ser incentivada, ainda mais pela figura soberana do Estado.

Sobre o Estado se valer de uma conduta antiética como meio de persecução processual penal, Zaffaroni<sup>16</sup> discorre:

[...] a impunidade de agentes encobertos e dos chamados arrependidos constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do estado de Direito: o Estado não pode se valer de meios imorais para evitar a impunidade [...] O Estado está se valendo da cooperação de um delinquente comprada a preço de sua impunidade, para fazer justiça, o que o Direito liberal repugna desde os tempos de Beccaria. [...]

A pena deve ser aplicada proporcionalmente à responsabilidade dos imputados. Conforme o art. 59 do Código Penal<sup>17</sup>, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Pelo postulado da individualização da pena, tem-se que esta deve ser aplicada de maneira individualizada, ou seja, adequada perfeitamente a conduta do agente no evento criminoso.

Alberto Silva Franco<sup>18</sup> aduz que “o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”. Na delação premiada, contudo, o prêmio concedido depende precipuamente da efetividade da colaboração, mais precisamente, do resultado obtido. Este pode estar relacionado à identificação de cúmplices e dos crimes, a revelação da estrutura e funcionamento da

---

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado*: uma categorização frustrada, discursos sediciosos, crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 59.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>18</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

organização, a prevenção de novos crimes, a recuperação dos lucros obtidos ou a localização de eventual vítima com sua integridade física assegurada.

Portanto, nota-se que o magistrado, na sentença condenatória, considera de modo preponderante os critérios acima descritos para a fixação do prêmio, em detrimento de outros, os quais deveriam justamente ter maior peso. Não se verifica, assim, a possibilidade real de individualização da pena pelo juiz em conformidade com a previsão constitucional e legal, como ocorre no processo tradicional mais atento às particularidades do réu, na qual se perquire personalidade, antecedentes, conduta social, consequência do crime, culpabilidade e outros aspectos.

Também é bastante questionada a violação da proporcionalidade pelo irrisório quantum da pena final em casos de acordo, quando também comparada com a pena em abstrato prevista originariamente no Código Penal. Um exemplo de quebra da proporcionalidade é o benefício do perdão judicial se utilizado irrestritamente. A título de exemplo, na colaboração referente aos crimes de lavagem de dinheiro, uma das exigências para a concessão do perdão judicial é a localização dos bens, valores ou direitos objeto do crime. Ou seja, é necessária tão somente a devolução dos bens.

No mais, sabe-se que dentre objetivos da sanção penal, encontram-se a ideia de retribuição ao injusto causado, prevenção de novos crimes e, principalmente, a possibilidade de se estabelecer a convivência social harmônica, o que é algo de relevante interesse público. Nesse sentido, o Direito Penal não deve ser aplicado de forma mecânica e desprovido de maiores considerações de ordem sociológica, sob o risco de agravar os problemas sociais, uma vez que, por vezes, chega a uma resposta que a ninguém interessa.

Assim, a intervenção penal não pode satisfazer-se com o mero acordo, devendo ser razoável a consecução do objetivo de pacificar a sociedade, coibindo a prática de novas infrações, em harmonia com o conceito de justiça distributiva, sinônimo de justiça social. O acordo de colaboração premiada nos moldes atuais, pelo contrário, acaba por gerar na sociedade a sensação de impunidade, e talvez a convicção de que o crime compensa considerando haver possibilidade posterior de delação com redução relevante de pena.

Vale ainda ressaltar que tal instituto não é aplicado indiscriminadamente a todos os crimes praticados em concurso de agentes, havendo maior incidência naqueles chamados de “colarinho branco”, os quais são beneficiados por uma orientação mais branda de criminalização, o que certamente corrobora a impressão de seletividade do sistema penal em toda a sociedade.

### 3. DA INCONSTITUCIONALIDADE PELA VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são as colunas principais de um Estado Democrático de Direito, constituindo-se em garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão que seja submetido a um procedimento judicial ou administrativo, possuindo singular importância no contexto do processo penal. É pela ampla defesa e contraditório que é concedida ao réu a certeza de uma condução dialética do processo, bem como de usufruir de condições que lhe possibilitem trazer aos autos todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se, caso entenda necessário.

No entanto, os mecanismos negociais como a colaboração esvaziam o contraditório e ampla defesa porque anteriormente já cessaram com a presunção de inocência como regra probatória, segundo a qual a carga da prova é integralmente a acusação. Com a realização do acordo, desloca-se a responsabilidade pela formação do lastro probatório de incriminação ao próprio delator, o que distorce a estruturação do processo penal e modelo acusatório. Assim sendo, nota-se que não há premissa considerável de contraditório e ampla defesa para a figura do colaborador considerando que este deve aderir a acusação. Importante destacar a conclusão de Gustavo Badaró<sup>19</sup> sobre as implicações da colaboração premiada para o devido processo penal:

[...] desloca-se a centralidade da legitimação do exercício do poder de punir de um instrumento cognitivo fundado no saber construído em contraditório, com o funcionamento de um mecanismo dialético de verificação e confronto entre tese e antítese, baseado na prova produzida que supere cada uma delas, para um modelo em que haverá apenas uma verdade preestabelecida por uma escolha discricionária.  
[...]

Como exemplo desse esvaziamento, há diversas cláusulas nos acordos de delação da operação Lava Jato as quais proíbem que o delator conteste o acordo judicialmente ou interponha recursos contra as sentenças que receber. Em outros casos, abrem-se exceções apenas para os casos em que a pena imposta, seu regime de cumprimento ou as multas extrapolarem os limites fixados no pacto.

De igual modo, a figura do delatado também não possui ao seu lado tais garantias constitucionais de forma plena. Podem-se notar, de plano, dispositivos incompatíveis com os

---

<sup>19</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord). *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017, p. 143.

referidos princípios na colaboração premiada. Por exemplo, conforme art. 7º da Lei nº 12.850/2013<sup>20</sup>, antes do recebimento da denúncia, o acesso aos depoimentos colhidos em regime de colaboração premiada é restrito ao juiz, ao membro do Ministério Público, ao delegado de polícia e aos defensores que atuam nos autos. Assim sendo, como regra geral, o réu delatado não tem acesso às acusações feitas pelo delator no momento da delação, impossibilitando sua defesa, sendo esta exercida tão somente na fase judicial, normalmente após o recebimento da denúncia, de modo que a elaboração da defesa do delatado resta prejudicada, uma vez que começa tardiamente em relação ao ideal.

Justamente com a finalidade de se evitar abusos e garantir a ampla defesa e o contraditório na fase investigatória, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14<sup>21</sup>, que assegura o direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório digam respeito ao direito de defesa.

Tal preceito que deu origem à Sumula não é aplicado integralmente na colaboração premiada, em clara oposição à regra de publicidade. Nota-se uma incongruência: o contraditório e ampla defesa são previstos para situações corriqueiras de inquérito policial administrativo. No entanto, para algo mais gravoso como imputação de crime a terceiros, como é o caso do instituto colaboração, na qual há possibilidade ainda mais concreta de futura instauração de ação e condenação penal, não há o rigor necessário em se garantir os referidos princípios.

Jordana Mendes Silva<sup>22</sup> entende que a delação não possibilita, de forma plena, o contraditório, uma vez que o delatado não tem acesso a informações importantes:

[...] sendo a delação o momento em que se colhem as informações do delator a respeito de pessoas, lugares etc., o delatado não tem acesso às acusações, para que delas possa se defender. Somente passada essa fase é que o acusado tem o direito à defesa. Mesmo assim, ele não tem acesso a todos os elementos que, querendo ou não, o incriminam, tais como acesso aos dados do delator, e que seriam importantes como meio de se estabelecer o contraditório. Importa salientar que não existe acareação entre delator e delatado, para que possa ser feita uma análise de todas as informações, referentes à defesa e à acusação. [...]

---

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula Vinculante nº 14*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>22</sup> DA SILVA, Jordana Mendes. *Delação premiada: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no direito penal brasileiro*. PUCRS, 2012. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\\_1/jordana\\_silva.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/jordana_silva.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2015.

Vale ressaltar que a situação de restrição de publicidade ao acordo pode ainda ser estendida ao próprio delator. Um dispositivo contratual problemático, que consta de vários termos de delação, determina que a defesa do próprio delator não terá acesso às transcrições dos depoimentos do respectivo, que ficarão restritas ao Ministério Público e ao juiz. A justificativa nada razoável para essa restrição é a manutenção do sigilo, como forma de não prejudicar outras investigações.

No mais, a colaboração premiada é capaz de embasar decisões no curso da persecução penal, como o início das investigações na figura da abertura de inquérito policial com consequentes meios de obtenção de prova, decretação de medidas cautelares, bem como o recebimento de denúncia em juízo. Trata-se de tomadas de decisões por demais gravosas para o delatado e que poderiam ser evitadas caso houvesse a possibilidade de contraditório prévio. No entanto, pela literalidade do ordenamento jurídico, mesmo que realizadas diligências de caráter cautelar, a exemplo de decretação de medidas cautelares reais e pessoais em relação a investigados indicados pelo colaborador, como é o caso de decretação de prisão preventiva ou temporária, ainda assim subsistiria razão para o sigilo, uma vez que ainda não recebida a denúncia.

Sabe-se que teoricamente as provas colhidas na fase investigatória não trazem prejuízos ao réu, eis que não pode haver condenação baseada apenas com elementos de convicção colhidos na fase do inquérito. Apesar de não ser formalmente uma prova, uma vez que a natureza jurídica da colaboração é um meio de obtenção de prova, é impossível na prática assegurar que em seu íntimo o magistrado não dará a indevida valoração probatória ao acordo, de modo a receber a denúncia, decretar medidas cautelares ou até mesmo condenar em sentença.

Por isso, faz-se necessário garantir o contraditório e a ampla defesa desde o início de todo o procedimento como meio de se mitigar essa possibilidade de valoração errônea. No mais, ainda que haja a valoração de forma equivocada pelo magistrado, é legítimo que exista um contraponto inserido no próprio acordo ou mesmo no inquérito, trazendo desde já a visão contrária dos fatos imputados. Também é legítimo que se tenha o quanto antes acesso ao acordo como meio de melhor preparar sua defesa judicial como obter álibis, testemunhas ou contradições na imputação, visando o próprio curso do processo. Nos moldes atuais, o acusado não tem a célere possibilidade de comprovar fatos contrários, demonstrando de plano que a delação premiada realizada não é verdadeira.

A lei também não dispõe sobre a possibilidade de acareação entre o delator e o acusado, valendo ressaltar que o delator falará em audiência sem contato visual com outros

acusados, conforme art. 5º da Lei nº 12.850/2013<sup>23</sup>. Com a importante possibilidade de acareação, evitar-se-iam delações falsas, bem como mitigar-se-iam investigações frustradas por parte do Ministério Público ou mesmo a propositura de denúncias sem base, o que desafogaria também o poder judiciário.

Além disso, há a possibilidade de o Ministério Público se comprometer a não propor novas investigações e ações decorrentes dos fatos que são objeto do compromisso. Na opinião de Aury Lopes Jr<sup>24</sup>, “esse tipo de cláusula de não proceder coloca o MP com um poder de disposição que ele não tem. Assim, viola os princípios da legalidade, indisponibilidade e obrigatoriedade”. Trata-se, à evidência, de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, autorizando o não oferecimento da denúncia por critérios distintos da existência de um ilícito com justa causa. É conhecido que a possibilidade de não oferecimento da denúncia não é algo novo, visto que há tal previsão no âmbito dos juizados especiais.

No entanto, questiona-se a banalização do uso desta técnica fora do âmbito de crimes de natureza privada, precipuamente pela proporcionalidade de tal medida em crimes de maior potencial ofensivo, os quais normalmente envolvem consequências por demais gravosas para toda a sociedade. É o entendimento de Vinicius G. Vasconcellos<sup>25</sup>:

[...] as tendências de generalização dos acordos entre acusação e defesa representam ingênua (ou mal intencionada) crença que percebe a complexidade da resposta estatal ao fenômeno delitivo de modo reducionista, ou seja, acarreta uma fuga ao enfrentamento real da problemática, que é evidentemente distinta e mais abrangente do que a necessidade ou não de aceleração do processo penal. [...]

Pelo exposto, a colaboração premiada faz com que os todos os réus tenham que pagar pela ineficiência do Estado em processá-los adequadamente, com a renúncia coagida de suas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A Justiça penal ideal não é aquela que muito pune, mas sim a que sabe usar a punição como elemento estratégico de repressão ao crime. Não se pode perder de mente que a sociedade vence não apenas quando os culpados são condenados, mas quando os julgamentos criminais são justos.

---

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>24</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 386.

<sup>25</sup> VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 218.

## CONCLUSÃO

Se a colaboração é um instrumento para garantir resultados, é imprescindível analisar se a sistemática atual é compatível com a Constituição Federal, considerando que a esparsa legislação sobre delação demonstra relativizar garantias constitucionais. Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de diversas incompatibilidades com valores constitucionais como os do direito ao silêncio, devido processo legal e da proporcionalidade e individualização da pena.

O direito ao silêncio é a manifestação de uma garantia muito maior, qual seja, do direito da não acusação a si próprio. No entanto, a delação se caracteriza por lógica que impõe pressões e coerções sistemáticas para aceitação do acordo. Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, esta pesquisa chegou ao entendimento de que a colaboração também rompe com o princípio da proporcionalidade e com a individualização da pena, ocorrendo punições distintas a pessoas envolvidas no mesmo fato e com idênticos graus de culpabilidade. A possibilidade de realização de acordos em âmbito penal também fere o devido processo, afasta o acusado da sua inerente posição de resistência e provoca o esvaziamento do ônus probatório imposto à acusação.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que essas características comprovam que a delação é uma forma de se buscar uma confissão sem medir esforços. Diante do exposto, a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho senão adaptações ao instituto, como meio de redução de danos, considerando que é inviável sua abolição, pelo que são propostas as seguintes linhas gerais para estruturação do regime de colaboração premiada.

Em respeito ao direito da não auto incriminação, deve ser possível a retratação da manifestação de conformidade com a acusação, desfazendo-se o acordo e inviabilizando a utilização em prejuízo ao delator dos elementos eventualmente produzidos.

Não há justificativa legítima para afastar a aplicabilidade das regras de nulidade e ilicitude probatória no regime da colaboração premiada. Se houver violação de normas legais, constitucionais ou convencionais, torna-se ilegal a realização da colaboração. E, como consequência lógica inafastável, se houver a nulidade do acordo, os elementos probatórios produzidos em sua decorrência também estarão contaminados.

A realização da colaboração premiada deve se guiar por critérios pautados pela legalidade, com requisitos, pressupostos, abrangência, possíveis benefícios e obrigações previamente definidos em lei. Apenas assim fomenta-se um modelo regrado pela segurança e



previsibilidade da negociação, garantindo um tratamento prioritário e igualitário entre os perseguidos pelo poder punitivo estatal.

Considerando-se que o regime da colaboração deve respeitar a legalidade, caso haja o cumprimento dos pressupostos e requisitos no caso concreto, consolida-se direito do imputado a colaboração, configurando-se o direito à concessão dos prêmios, nos termos pactuados. As cláusulas pactuadas também devem submeter-se à estrita legalidade, ou seja, benefícios, renúncias e obrigações consentidos somente serão admitidos se autorizados em lei, em conformidade com os ditames constitucionais. Não podem ser admitidos regimes diferenciados de cumprimento de pena, em desatenção ao ordenamento, por exemplo.

A colaboração premiada somente deve ser admitida em casos excepcionais, especialmente quando houver elementos objetivos que demonstrem a complexidade da investigação e a insuficiência de outros meios, vedando-se sua utilização em casos de menor gravidade e sem atenção à proporcionalidade da medida.

Por fim, a regra nos atos de colaboração premiada deve ser a publicidade, devendo-se autorizar a imposição de sigilo, por decisão judicial a partir de requerimento das partes, somente quando houver elementos concretos que demonstrem sua necessidade para assegurar a efetividade de medida investigativa ou a proteção do colaborador. Nos demais casos, deve ser permitido o acesso aos autos.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: Moura, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. *Quem está preso pode delatar?* Disponível em: <[http://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015](http://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015)>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização Criminosa*. Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto Lei nº 3689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Sumula 14*. Relator: Cezar Peluso. Sessão Plenária de 02/02/2009. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 17 set. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. *Revista AJURIS*, v. 37, n. 117, p. 273-296, mar./2010.

COUTINHO, Jacinto Miranda. *Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 159, p. 07-09, fev./2006.

DA SILVA, Jordana Mendes. *Delação premiada: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no direito penal brasileiro*. PUCRS, 2012. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\\_1/jordana\\_silva.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/jordana_silva.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2015.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. In: Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal. *Estudos de Processo Penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.

SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua (des)conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org). *A Delação/Colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada, discursos sediciosos, crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: RelumeDumará, jan-jul, 1996.