

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL, em face dos artigos 2º, §§ 1º, 6º e 7º; e 4º, § 14, da Lei Federal 12.850/2013, em razão da suposta ofensa aos artigos 1º, III; 5º, LIV, LVII e LXIII; 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal.

Eis os dispositivos impugnados:

“Art. 2º [...]

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. [...]

“§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

“§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”.

“Art. 4º [...]

[...]

“§ 14. 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”.

O Eminentíssimo Ministro relator votou pela improcedência, “reconhecendo a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, § 6º e § 7º, e do art. 4º, § 14º, da Lei nº 12.850/2013, conferindo, contudo, interpretação conforme à Constituição Federal ao último, a fim de declarar que o termo “renúncia” contido no § 14º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 deve ser interpretado não como forma de esgotamento da garantia do direito ao silêncio, que é irrenunciável e inalienável, mas sim como forma de “livre

exercício do direito ao silêncio e da não autoincriminação pelos colaboradores, em relação aos fatos ilícitos que constituem o objeto dos negócios jurídicos", haja vista que o acordo de colaboração premiada é ato voluntário, firmado na presença da defesa técnica (que deverá orientar o investigado acerca das consequências do negócio jurídico) e que possibilita grandes vantagens ao acusado; e do voto do Ministro Marco Aurélio, que acompanhava o Relator com ressalvas de entendimento apenas quanto ao artigo 2º, § 7º, da Lei nº 12.850/2013" [eDOC 36]

Pedi vista para melhor analisar a conformidade constitucional, especialmente quanto à consolidação da experiência da Colaboração Premiada no Sistema Penal Brasileiro, inclusive o impacto jurisdicional da Lei 13964/2019.

INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA LEI 12850/13

Nascido das discussões legislativas no contexto do PL 150/2006 do Senado, a legislação procurou alinhar o Sistema Brasileiro às diretrizes e comandos da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional [Convenção de Palermo], internalizada pelo Decreto 5.015/2004.

Consta do art. 23 da Convenção de Palermo:

“Artigo 23 Criminalização da obstrução à justiça.

“Cada Estado Parte adotará medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o caráter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidos intencionalmente:

“a) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção;

“b) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer os deveres inerentes à sua função relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção.

“O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos”.

O §1º do art. 2º, topologicamente autônomo, mas inserido na condição de parágrafo, é indicativo da controversa tramitação legislativa quanto à criminalização da genericamente denominada OBSTRUÇÃO DA JUSTIÇA, típica de outros ambientes normativos.

O bem jurídico protegido é a Administração da Justiça, no contexto de investigação criminal formalmente instaurada com a finalidade de apurar condutas relacionadas ao tipo penal de Organização Criminosa [art. 1º]. Exige-se o dolo [elemento subjetivo], com exigência de resultado, diante da aceitabilidade da forma tentada [STF, Inq 3980 e Inq. 4506].

[FELDENS, Luciano; TEIXEIRA, Adriano. **O crime de obstrução da justiça: alcance e limites do art. 2º, §1º, da Lei 12.850/13**. São Paulo: Marcial Pons, 2020; ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes; CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: teoria e jurisprudência**. São Paulo: JusPODIVM, 2022; PORTOCARRERO, Claudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis penais extravagantes: teoria, jurisprudência e questões comentadas**. Salvador: JusPODIVM, 2019; GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014; MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018; PORCIÚNCULA, José Carlos. Reflexões críticas acerca do tipo penal de obstrução de investigação de organização criminosa (art. 2º, § 1º, da lei 12.850/13). www.pauloqueiroz.net; LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. Salvador: JusPODVIM, 2022; BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico: volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2016; BITTENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014; RUIVO, Marcelo Almeida. **Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011]

CHIAVELLI FALAVIGNO aponta que:

“A lei penal deve ser clara e precisa, descrevendo de forma compreensível o comportamento capaz de gerar a incriminação” [...] “esse ditame é de grande importância para a prevenção de arbitrariedades, de forma a restringir ao máximo as possibilidades de interpretação do tipo penal”.

[FALAVIGNO, Chiavelli F. *A deslegalização do direito penal*.
EMais, 2020, p. 33-34]

Conforme o Relator, trata-se de crime contra a Administração da Justiça, que ocorreria somente na fase de investigação preliminar [sob pena de analogia *in malam partem*] que envolva infração penal abrangendo organização criminal, se o imputado: “obstar, interromper, tolher, consumando-se com a efetiva cessação da investigação em virtude de determinada conduta praticada pelo agente” ou “complicar, perturbar, atrapalhar, consumando-se no momento em que o agente age ou se omite com a intenção de causar embaraço à investigação, ainda que não haja a sua interrupção”.

Os verbos do art. 2º, § 1º da Lei 12850/13 [impedir ou embaraçar] se referem à manutenção da integridade do objeto da investigação, evitando manipulações, limitações ou restrições às diligências investigatórias direcionadas à adequada e legítima apuração, resguardados os direitos e garantias individuais do arguido e do defensor. Logo, há possibilidade de descrição de condutas tendentes ao impedimento ou embaraçamento.

O Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1817416, Eminentíssimo Relator Min. JOEL ILAN PACIORNIK:

“[...] o verbo embaraçar atrai um resultado, ou seja, uma alteração do seu objeto” [...] “o delito do art. 2º, § 1º, da lei n. 12850/13 é crime material, inclusive na modalidade embaraçar. [...] Ou seja, haverá embaraço à investigação se algum resultado, ainda que momentâneo e reversível, for constatado”

A conduta desvalorada é apta à descrição de comportamento externo, objetivo, tangível e concreto, autorizando, por via de consequência, a verificação da Hipótese Acusatória [HAc] em procedimento contraditório.

No entanto, para se qualificar como ilícita, a conduta deve transcender os limites do exercício do direito de defesa [incluída a Investigação Defensiva; Provimento 188-OAB; BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. Florianópolis: EMais, 2022], ou seja, os defensores, peritos e outros profissionais, no contexto do exercício das funções legalmente atribuídas, dentro dos limites normativos, configuram “ações neutras”.

[GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: A imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; MALAN, Diogo. **Advocacia Criminal Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 113-122; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. **Resistência através da efetivação das prerrogativas profissionais**. In: GOSTINKI, Aline; PRAZERES, Deivid Willian dos; MINAGÉ, Thiago (org.). Tempo de resistência. Florianópolis: Empório do Direito, 2017].

LUCIANO FELDENS e ADRIANO TEIXEIRA destacam:

“[...] onde estejamos diante de uma ação de resistência defensiva, logo, abrangida pelos direitos fundamentais correlatos, estaremos, paralelamente, diante de uma zona de intervenção penal constitucionalmente proibida”.

[FELDENS, Luciano; TEIXEIRA, Adriano. *O crime de obstrução de justiça*. Marcial Pons, 2020. p. 39]

Neste sentido, MARLOM FORMIGUERI, em dissertação sobre o tema, bem define os contornos da aplicabilidade do dispositivo:

“O primeiro limite imposto ao tipo penal decorreu da análise do bem jurídico tutelado. A doutrina é unânime em reconhecer que o bem jurídico tutelado pelo crime de obstrução de justiça é a Administração da Justiça, entendida e delimitada aqui como o regular andamento da investigação criminal. Nesse tom, verificou-se que somente pertence ao bem jurídico Administração da Justiça as atividades realizadas por meios legítimos e não a apuração genérica de crimes, razão pela qual o tipo penal apenas pode tutelar as atividades do Estado que observem a estrita legalidade (art. 5º, II, e art. 37, ambos da Constituição Federal) e o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), ou seja, em relação às atividades do Estado no curso de uma investigação criminal, tudo que não estiver previsto em lei ou que for proibido por lei, não está no âmbito de proteção do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, sendo fixado o primeiro limite concreto ao tipo penal.

“Em relação à técnica de tutela, a pesquisa observou que há divergência na doutrina, porém tanto a modalidade de “impedir”, quanto o ato de “embaraçar”, de qualquer forma, a investigação de infração penal que envolva organização criminosa, exigem um resultado externo à conduta do agente, de modo que se trata de crime material, o que foi reconhecido

pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.817.416/SC. Exige-se, portanto, para a consumação do delito, que a conduta de embaraçar do agente imponha dificuldades concretas na investigação, capaz de alterar o curso normal e legítimo da atividade de investigação do Estado.

O sujeito ativo do crime de obstrução de justiça pode ser qualquer pessoa, incluindo o investigado, já que a pesquisa concluiu que não se trata de pós-fato impunível do delito de integrar organização criminosa (art. 2º, “caput”, da Lei n. 12.850/2013), desde que observados estritamente os direitos e garantias individuais, em especial o direito de defesa, o direito ao silêncio e a não autoincriminação. Também é perfeitamente possível que o agente público seja sujeito ativo do crime de obstrução de justiça, como o Delegado de Polícia, o Promotor de Justiça, o agente de polícia etc. Isso porque, a atividade de defesa também faz parte do legítimo desenvolvimento de uma investigação criminal.

“A análise dos elementos do crime resultou no entendimento de que é necessário que o sujeito tenha consciência (1º) que existe uma investigação criminal, (2º) que essa investigação apura fatos envolvendo uma organização criminosa e (3º) que sua conduta pode causar embaraço ou impedimento da investigação. Se qualquer um desses três fatores não for de conhecimento do agente, o fato será atípico. Por “impedir” entende-se o ato de interromper, ou seja, fazer cessar indevidamente a investigação existente. Já o ato de “embaraçar” significa criar obstáculos, tumultuar, confundir, atrapalhar o regular andamento da investigação”.

[Os Limites Materiais do Crime de Obstrução de Justiça (art. 2º, §1º da lei n. 12.850/2013). Porto Alegre: PUC-RS-Mestrado, 2022, p. 154-156]

Logo, com as ressalvas indicadas, o Tipo Penal previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 12850/2013, com as limitações estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, atende aos princípios mínimos de legalidade, motivo pelo qual acompanho o relator quanto à conclusão.

PERDA DO CARGO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO [§ 6º] e INVESTIGAÇÃO COM CIÊNCIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Acompanho o Eminentíssimo Ministro ALEXANDRE DE MORAES quanto à constitucionalidade dos parágrafos 6º e 7º do art. 2º da Lei 12830/13:

“§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

“§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”.

O comando do § 6º do art. 2º determina a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de oito anos subsequentes ao cumprimento da pena, nos casos em que o funcionário público estiver envolvido com organizações criminosas, declarado expressamente por sentença. Trata-se de dispositivo que introduz efeito específico da sentença penal condenatória definitiva, que se dará automaticamente se o condenado for funcionário público nos casos envolvendo a Lei 12850/13. Em termos constitucionais, há previsão que determina a inabilitação por prazo idêntico, conforme o art. 52, parágrafo único, CF. Ademais, o Relator aponta diversas outras hipóteses semelhantes na legislação infraconstitucional. Não há violação à proporcionalidade, tendo em vista a reprovabilidade da conduta de funcionário público que se envolve em delitos cometidos por organizações criminosas.

Do mesmo modo, voto pela **constitucionalidade do § 7º do art. 2º**, que impõe a designação de membro do Ministério Público para acompanhar as investigações que envolvam policiais em crime de Organização Criminosa. O dispositivo não viola o texto constitucional, nem a posição ainda prevalecente no Supremo Tribunal Federal [RE 593727], até porque compete ao Ministério Público o controle externo da atividade policial [CF, art. 129, VII], contexto em que a norma confere instrumentos de controle democrático.

Como bem destacado pelo eminentíssimo Relator, “obviamente que o poder investigatório do Ministério Público não é sinônimo de ‘poder sem limites’ ou ‘avesso a controles’, mas sim derivado diretamente das suas

funções constitucionais enumeradas no art. 129 de nossa Carta Magna e com plena possibilidade de responsabilização dos seus membros por eventuais abusos cometidos no exercício das suas funções, pois, em um regime republicano, todos devem fiel observância à Lei”.

Até porque, no contexto do RE 593727, o Supremo Tribunal Federal reconheceu poderes investigatórios, sem autorizar a edição de múltiplas normas procedimentais, isto é, a forma da investigação conduzida pelo Ministério Público deve observar os procedimentos do Código de Processo Penal [CF, art. 22, I e CPP, art. 1º]. As normas complementares devem observar os limites da tipicidade processual. O tema, aliás, é objeto de ADIs [2943; 3309; 3318; 7184 e 7176], pendentes de desfecho.

Por isso, nesta parte, acompanho o eminente relator.

RENÚNCIA CIRCUNSTANCIAL DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI

A alegada inconstitucionalidade deve ser analisada no contexto da Colaboração Premiada, motivo pelo qual a construção dos coordenadas mostra-se necessária. .

A tendência do Processo Penal contemporâneo orienta-se à abertura de espaços de consenso, com a atribuição de direitos, deveres, privilégios, ônus e poderes negociais [disponibilidade regrada e circunstancial da ação penal] aos legitimados [ativo e passivo], a partir do reconhecimento do interesse público subjacente orientado à gestão eficiente da atividade jurisdicional, à redução do tempo de resposta estatal e à satisfação dos interesses patrimoniais das vítimas.

[FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo princípio?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011; VASCONCELLOS, Vinícios. **Colaboração Premiada no Processo Penal.** São Paulo: RT, 2018; MASI, Carlos Velho. **O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo.** Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. 26ª ed. p. 265; COSTA, Eduardo Maia. **Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes.** Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 22, n. 85, p. 37-49, Lisboa, jan-mar., 2001; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva**

das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João PAULO. **Acordo de não persecução penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020; DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Júnior; ROSA, Luísa Walter. **Justiça Penal Negociada: Teoria e Prática**. Florianópolis: EMais, 2022; BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Dialética, 2020; BOTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração Premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; ARAÚJO, Juliana Moyzés Nepomuceno. **Acordo de Não Persecução Penal: instrumento de concretização do Processo Penal Resolutivo e Eficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022].

MAURÍCIO ZANÓIDE DE MORAES [**Processo Criminal Transformativo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 586-587] aponta:

“A expressão ‘sistema penal premial-negociado’ permite uma maior compreensão de que se está diante de uma atuação regulada em lei com um sentido e propósito específico dos agentes internos do modelo criminal na área punitiva relacionada ao crime (‘criminal’), envolvendo uma parte material do benefício (‘premier’), por meio de uma barganha que poderá ou não resultar em um acordo (‘negociado’)”.

Chamar as coisas pelo que elas são melhora a compreensão da realidade dos atributos, titularidade, funções, âmbito de incidência e restrições associados ao instituto da **Colaboração Premiada**. As classes que estruturavam o domínio do Processo Penal estão parcialmente obsoletas, sem que tenhamos condições de sustentar, sem relevantes controvérsias, a consistência e a coerência do Sistema Processo Penal [Código de Processo Penal e da Legislação Extravagante], principalmente após a parcial ruptura com a indisponibilidade da ação penal promovido pela Constituição Federal [art. 98] e a subsequente criação dos Juizados Especiais Criminais [Lei 9.099/95]. A autorização de atribuição de responsabilidade penal por meio de decisão homologatória, ainda que limitada às hipóteses de menor potencial ofensivo, rompeu com o paradigma da necessária sentença penal condenatória de mérito.

Antes dos Juizados Especiais Criminais [Lei 9099/95], o único espaço de negociação ocorria no âmbito da *conciliação* [CPP, art. 520], cujo efeito

se relacionava com a renúncia ao exercício do direito de ação. A partir de 1995, é constante o desafio de compatibilizar a responsabilidade penal sem sentença de mérito com a observância de todo espectro de garantias do Devido Processo Legal, principalmente quando do transplante de institutos negociais informados por pressupostos e lógicas distintas [ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na Mundialização: a nova revolução do Direito**. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006].

O esforço da doutrina e da jurisprudência é o de proceder ao ajuste contextual, dado o diálogo de tradições diversas [*civil law* e *common law*], consoante aponta MARIO LOSANO [**Os Grandes Sistemas Jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 345]:

“O *Common Law* anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o *Common Law* está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro *judge made law*”.

Embora as críticas quanto aos pressupostos da Análise Econômica do Direito [AED], a Justiça Negocial ou Premial integra-se ao modelo de gestão eficiente da Justiça Penal, a partir da lógica da eficiência [meios e não fins, quer em Pareto ou Kaldor-Hicks], reconhecido inclusive como Princípio Constitucional [CF, art. 37, *caput*], para o fim de reduzir os custos de transação, o tempo de entrega da prestação jurisdicional e a otimização da estrutura estatal necessária à atribuição de responsabilidade penal, com os riscos inerentes à exposição aos erros de atribuição: falsos positivos ou negativos, além do comportamento oportunista em busca de benefícios contextuais.

[POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. New York: Aspen, 2010; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015; BECKER, Gary. **Crime and punishment: an economic approach**. In: *Journal of political economy: Essays in the economics of crime and punishment*. National Bureau of Economic Reserach, 2001; MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2014; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e**

economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2011; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito - Uma introdução.** Belo Horizonte: Fórum, 2011; GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro, 2005; GICO JÚNIOR, Ivo. **Introdução ao direito e economia.** In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2011; ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; FRANÇA, Phillip Gil. **Breves reflexões sobre o direito, a economia e a atividade regulatória do Estado.** Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF, Curitiba, ano 4, n. 71, jun. 2007; HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica.** (www.publicadireito.com.br); CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil.** Florianópolis: IBRADD-CESUSC, 2001; POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces.** Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011; MARCELLINO JR, Julio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico.** Florianópolis: EMais, 2018; COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia.** Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais;** PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Econômica da Litigância.** Coimbra: Almedina, 2005; STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Análise econômica do direito. Uma inovadora teoria geral do direito.** In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (coord.). **Direito Econômico: evolução e institutos.** Rio de Janeiro: Forense, 2009; GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Eficiência e direito: pecado ou virtude: uma incursão pela análise econômica do direito.** Revista Jurídica (FIC), v. 28, p. 77-122, 2012].

O suporte teórico da Justiça Negocial Penal assume, na linha do Teorema de Coase [COASE, Ronald Harry. **The firm, the Market, and the law.** Chicago: The University of Chicago Press, 1990], o pressuposto de que o estabelecimento de espécie de MERCADO JUDICIAL PENAL, por meio

da redução dos CUSTOS DE TRANSAÇÃO a partir da atribuição clara da titularidade do direitos, deveres, privilégios, ônus, poderes e procedimentos aptos à negociação entre agentes [titulares dos direitos e com disponibilidade negocial quanto ao objeto do caso penal, ainda que regrada], submetidos ao controle jurisdicional subsequente, promoveria a eficiência do Sistema Penal.

RACHEL SZTAJN e DÉCIO ZYLBERSZTAJN [**Análise econômica do direito e das obrigações**: In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 1-2]:

“Coase explicou que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos. Segundo o Teorema de Coase, em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercerão influência no desempenho econômico. Ocorre que, como asseverou Coase, esse é o mundo da *blackboard economics*. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos”.

O desfecho de mérito do caso penal, por decisão judicial de cognição exauriente [sentença ou acórdão], depende da alocação de recursos públicos escassos [orçamentários, financeiros, cognitivos, probatórios, dentre outros], direcionados à manutenção da estrutura [física; humana etc.] e dos procedimentos necessários à atribuição de responsabilidade penal, especialmente probatórios, associada à rivalidade com outros casos penais em aberto e, também, a postergação da definição da situação jurídica dos envolvidos, impulsiona a abertura negocial que atende ao escopo gerencial do Sistema Penal, principalmente diante das tendências recrudescedoras de política criminal e das técnicas especiais de obtenção de prova como a Colaboração Premiada [SCHÜNEMANN, Bernd. **¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del proceso penal norteamericando en el mundo?** In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio** . Madrid: Tecnos, 2002, p. 288-302].

A Justiça Negocial ou Premial aproxima-se, então, da racionalidade econômica [ROTH, Alvin. **Como funcionam os mercados**. Trad. Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portofolio-Penguin, 2016, p. 14], ao descrever e otimizar a alocação eficiente de recursos públicos escassos por meio da combinação de interesses entre os negociadores [legitimados ativo e passivo], tendo-se em vista a disponibilidade negocial de direitos devidamente atribuídos [Teorema de Coase: pena, provas, informações e direitos, nos limites da Economia da Confiança de Scott Shapiro]. Aliás, quanto menor a ambiguidade normativa e maior a observância pelo Poder Judiciário [*enforcement*], segundo o modelo do Mercado Judicial Penal, melhores seriam os indicadores de eficiência do Sistema Penal.

No entanto, a ambivalência normativa e a dispersão jurisprudencial quanto aos critérios interpretativos, associadas à ausência de estabilidade jurisprudência sobre a dinâmica de aplicação dos institutos consensuais e negociais, ampliou o horizonte de incertezas e, por consequência, do CUSTO DE TRANSAÇÃO, com a imposição de distorções significativas entre o normatizado e o concretizado, embora as alterações do Pacote Anticrime tenham reduzido o espaço de incerteza no domínio da **Colaboração Premiada**.

Por esse motivo, a atribuição expressa de direitos, deveres, privilégios, ônus e poderes quanto ao objeto do caso penal, titularidade, âmbito de incidência e procedimento, promove a estabilidade do espaço negocial, com a especificação dos termos e condições válidos e aceitos para fins de barganha. Cria-se, desta forma, a Estrutura de Incentivos propícia à negociação, operacionalizada por meio de combinações voluntárias [*matching*] que, conforme Alvin Roth [**Como funcionam os mercados**. Trad. Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portofolio-Penguin, 2016, p. 15] servem ao alinhamento de desígnios:

“Matching é o jargão dos economistas para denominar de que maneira obtemos muitas coisas na vida, coisa que escolhemos mas que também precisam nos escolher”.

No caso de *matching* entre os negociadores [legitimados ativo e passivo], exige-se a convergência de interesses aptos a justificar tanto a abertura negocial, quanto o êxito das rodadas de aproximação, a partir da construção de salvaguardas normativas e institucionais orientadas à redução da ambiguidade da ESTRUTURA DE INCENTIVOS que condiciona os critérios decisórios do agente racional, da construção de *confiança*

intersubjetiva entre os negociadores e na *credibilidade* dos procedimentos negociais, motivos pelos quais incide o suporte da *boa-fé objetiva*.

[VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1947; NASH, John. F. **The Bargaining Problem**. *Econometrica*, 18 1959, p. 155-162; BÊRNI, Duilio de Avila. **Teoria dos Jogos: Jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão**. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004; DAVIS, Morton David. **Teoria dos Jogos: uma introdução não-técnica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Otanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973; GICO JR, Ivo T. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Foco, 2020; FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015; PLETSCHE, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2007; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Delação Premiada no Limite**. Florianópolis: EMais, 2018; GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à Justiça e teoria dos jogos: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016; RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise Econômica: Da expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014; LEMOS, Jordan Tomazelli. **O jogo da colaboração premiada**. Florianópolis: EMais, 2022; VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à delação premiada**. Florianópolis: Conceito, 2012; LAMY, Anna Carolina Cesarino. **Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014].

Logo, a premissa econômica do agente racional, orientado pelo critério custo/benefício [maximização do bem-estar esperado no contexto negocial], a partir da atribuição clara da titularidade, âmbito de incidência de direitos, deveres, privilégios, ônus e poderes aos agentes procedimentais, confere os meios necessários à fixação da estrutura e ao funcionamento do espaço da JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL, com o escopo de conferir efetividade às relações negociais, inclusive com o alinhamento de diretrizes aparentemente violadoras de DIREITOS FUNDAMENTAIS. Eis o contexto pressuposto da **Colaboração Premiada** no ambiente do Processo Penal brasileiro.

A **Colaboração Premiada** é modalidade de Justiça Negocial [ou

Sistema Penal Premial Negocial], em que o colaborador fornece meios de obtenção de provas [dados e informações] quanto ao funcionamento e as atividades ilícitas da Organização Criminosa da qual faz parte, em troca de benefícios processuais e penais, trocados por meio de barganha regrada por norma, em especial a Lei 12850/13.

De início cabe distinguir 2 [dois] SISTEMAS DE DELAÇÃO PREMIADA. O **primeiro** disperso na Legislação Extravagante, com a aplicação independente de prévio negócio jurídico formal [STF, Inq. 4405, Min. ROBERTO BARROSO; HC 127483, Min. DIAS TOFFOLI]. O **segundo** é o regulamentado a partir da Lei 12850/13, com as alterações posteriores, em especial as introduzidas pelo Pacote Anticrime, que orientam o desfecho desta controvérsia.

WALTER BITTAR [**Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo Tirant lo blanch, 2021, p. 224] discorre sobre o marco normativo:

“Com este cenário pode-se afirmar que a promulgação da Lei 12.850/13 e, posteriormente, a Lei 13.964/19, foram divisores de águas para o tratamento do tema, consolidando, ainda que sem uma regulação completa e eficiente, mecanismos de colaboração com a Justiça, também presente na legislação não especificamente criminal, como e o caso dos acordos de leniência e o *wistleblowing*, terminando por criar um amplo campo normativo, que pode ser compreendido como pertencente ao conceito já conhecido da doutrina de Direito Premial universo que não fica restrito ao Direito Penal, mas que reflete na análise da natureza jurídica do instituto”.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a compatibilidade democrática da **Colaboração Premiada**, espécie de **Delação Premiada** [gênero], o transplante do instituto exótico ao Sistema do *Civil Law*, importado da tradição *Common Law*, além da ruptura com diversas premissas continentais, impõe ao Judiciário a tarefa de constante maturação democrática quanto à compreensão dos pressupostos de existência, dos requisitos de validade e das condições de eficácia da denominada Justiça Negocial [Premial].

Em sede doutrinária, abordei as controvérsias relacionadas à **Colaboração Premiada**, especialmente quanto aos ajustes necessários à superação da aplicação de concepções civilistas ultrapassadas da plena autonomia da vontade e incompatíveis com a leitura constitucionalizada do interesse público subjacente ao ato de colaboração e aos riscos

associados [MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2023, p. 638-639]:

“A colaboração premiada consiste na concessão de benefícios (sanção premial) aos imputados que colaboram com a investigação ou instrução criminal. [...] A colaboração é precedida de negociações entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor, sem participação do juiz (art. 4º, § 6º).

“[...]

“Contudo, há relevantes problematizações críticas, especialmente com relação à intangibilidade ao acordo que é acarretada por tal posição.

“Trata-se, portanto, de questão a ser analisada cautelosamente. Tal lógica civilista deve ser lida com cautelas na esfera penal. Ao mesmo tempo, o acordo de colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, de investigação, em que o Estado se compromete a conceder benefícios a imputado por um fato criminoso, com o objetivo de incentivar a sua cooperação à persecução penal”.

Vinícios Vasconcellos [**Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2018, p. 62], por sua vez, afirma que a:

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

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* 127483, Min. DIAS TOFFOLI, consolidou o entendimento de que a:

“[...] colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu

objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”.

Neste sentido, a Lei 12850/13 declarou expressamente:

“Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse público”.

[...]

“§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

“I - regularidade e legalidade;

“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 2848, 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;

“III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* deste artigo;

“IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares”.

“§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença”.

“§ 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

“§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias”.

“§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

“§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

“§ 10-A 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”.

“§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

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

“§ 13. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.

“§ 14. 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.

“§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

“§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:

“I - medidas cautelares reais ou pessoais;

“II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; “III - sentença condenatória.

“§ 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.

“§ 18. O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão”.

Em face do ambiente negocial, incidem as coordenadas de Direito Civil relacionadas aos negócios jurídicos, ainda que ajustadas ao interesse público típico do objeto do Processo Penal, especialmente a **boa-fé objetiva**. [BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020; BORRI, Luiz Antonio. **Colaboração Premiada e Prova de Corroboração**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021; MORAIS DA ROSA, Alexandre; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. **Delação Premiada como Negócio Jurídico: a ausência de coação como requisito de validade**. Florianópolis: EMais, 2019].

A regulamentação do instituto da Colaboração Premiada assume a natureza jurídica de “negócio jurídico”, motivo pelo qual a identificação dos contornos relacionados aos pressupostos, aos requisitos e às condições de aplicação do ato jurídico merecem aprofundamento no domínio do Direito Civil.

FERNANDO NORONHA [**Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 386-399] esclarece:

“Negócio jurídico é ato de manifestação da vontade de uma ou diversas partes, tendo por finalidade regulamentar os seus interesses, nos limites da esfera de autonomia conferida aos particulares pela ordem jurídica. [...] São as partes intervenientes no negócio jurídico que especificam respectivo conteúdo e que determinam as consequências a serem produzidas, embora sempre dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico à sua liberdade de atuação”.

Embora incida a lógica civilista própria dos “negócios jurídicos”, deve-se calibrar a interpretação prevalecente em face do interesse público subjacente, tendo em vista os limites quanto à disponibilidade do objeto do ação penal [culpa e punição], dentro das balizas normativas [Lei 12815/13, art. 3º, § 7º-A e art. 4º], com a criação de salvaguardas aptas à garantia das condições formais e materiais quanto à manifestação válida da autonomia privada, da boa-fé objetiva e da Justiça/Equilíbrio contratual, isto é, da construção de indicadores de suporte ao Devido Processo Negocial [PENNA, Bernardo Schmidt. **A boa-fé objetiva como elemento estruturante da decisão judicial democrática e o CPC**

2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019].

JUDITH MARTINS-COSTA [**Comentários ao Novo Código Civil**. Vol. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 33-39] aponta:

“A expressão boa-fé objetiva designa um critério de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela cooperação intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. [...] São instrumentais os deveres decorrentes da boa-fé porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento. [...] Constituem deveres instrumentais os deveres de proteção, de cuidado, previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte de não aguardar a situação do parceiro contratual; de evitar ou diminuir os riscos; de abstenção de condutas que possam por em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses deveres que podem anteceder o contrato”.

ROGÉRIO ZUEL GOMES [**Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e Boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 135-138] ao discorrer sobre a evolução histórica do instituto da boa-fé objetiva sob o ponto de vista de suas funções hermenêutica-integrativa e de imposição de condutas ético-jurídicas destaca que:

“É exatamente por não haver uma prévia definição da boa-fé objetiva, como princípio e não como um conceito, que Karl Larenz afirma não se poder levar a cabo a possibilidade de mera subsunção. Assim é que a interpretação do § 242 [do BGB] passa a responder a problemas que jamais teriam sido imaginados pelos legisladores à época da codificação, porquanto o sistema ganha capacidade de oxigenação, de modo que se evite o entrave dos desenvolvimentos necessários e imprevisíveis daquela sociedade e, paralelamente, dota a boa-fé de peso juscultural que dava credibilidade às soluções encontradas. Na visão de Franz Wieacker, a boa-fé no BGB desempenhou tríplice função, quais sejam: como via para uma adequada realização pelo juiz segundo o seu plano de valoração do caso concreto (*officium iudicis*), como máxima de

conduta ético-jurídica e, por último, como meio de ruptura ético-jurídica do direito positivado. Estas três funções são abordadas em seguida. Nessa função (*officium iudicis*), assemelha-se a boa-fé dos *bonae fidei iudicia*, que consistia em maior liberdade do iudex para decidir as causas, sem ficar atrelado ao formalismo legal, especialmente por ser o § 242 o mais alto princípio do Direito das Obrigações, que, em essência, deveria derivar de dispositivos legais. **Entretanto, há deveres contratuais que nem sempre são convencioneados de forma expressa pelos contratantes. São os chamados deveres que decorrem naturalmente do contrato (*naturalia negotii*). É fundamentalmente desses deveres naturais que derivam as obrigações acessórias derivadas. Nesses casos, com explana Franz Wieacker, o juiz segue aqui uma pauta fixa: da própria lei, dos costumes de tráfego ou, por último, o grau de vinculação contratual, mais alto em contratos laborais ou de sociedade do que em obrigações particulares. É nesse sentido que o *officium iudicis* desenvolve os deveres de proteção do contratante, tais como o dever de cuidado, de informação e de esclarecimento. Nesse mister, observa Franz Wieacker, o juiz não atua como criador de um novo Direito, senão unicamente cumpre a obrigação descrita em lei, notadamente porque não há delimitação específica na cláusula geral de boa-fé disposta no § 242. Karl Larenz, em comentário ao § 242, acrescenta que no Direito das Obrigações o referido parágrafo determina também o nascimento de múltiplos e variados deveres acessórios impostos pelo objeto do contrato ou pelo respeito aos interesses da outra parte, assim como deveres de auxílio e lealdade. [...] da cláusula geral de boa-fé nascem padrões de conduta”.**

Neste sentido, LARISSA GASPAR TUNALA [**Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 118-119] explicita a dimensão da incidência:

“Pode-se imaginar a dificuldade que teria o legislador ao tentar vislumbrar previamente todas as possíveis hipóteses de comportamentos processuais contrários à boa-fé. Qualquer tentativa de rol taxativo seria insuficiente para esgotar a criatividade das partes e seus procuradores em tentar driblar um resultado desfavorável no processo, sendo de fundamental importância a existência de uma cláusula aberta de pressão a

condutas inadmissíveis. [...] É possível perceber o quanto se faz necessário que o conteúdo da boa-fé seja preenchido somente frente ao caso concreto, diante da relatividade que ele possui quando confrontado com diferentes contextos processuais”.

Transposto o conceito ao ambiente da **Colaboração Premiada**, da boa-fé emanam os deveres anexos das relações obrigacionais, que não se confundem com os primários [de prestação] ou secundários [decorrentes do inadimplemento], também nas relações processuais decorrem deveres de proteção, lealdade, cooperação, informação, confiança e de interpretação dentro dos limites normativos. Em consequência, o comportamento e o espaço de negociação estão limitados pelas restrições normativas do instituto, com salvaguardas ao comportamento abusivo ou oportunista.

Com efeito, ao mesmo tempo que o controle dos atos negociais orienta-se pelo suporte civilista, a partir da **boa-fé objetiva**, as normas processuais penais estabelecem a autoridade competente, o objeto e a forma da homologação, com a expressa ressalva da possibilidade de exclusão, ressalva e/ou ajuste por parte da autoridade judiciária competente para o **ato judicial de homologação da “proposta”**. Daí que há necessário diálogo de fontes [penais, processuais, civis, administrativas etc.] na interseção do objeto e da execução/cumprimento da “proposta do acordo de Colaboração Premiada” que por ser condicional, subordina-se ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em consequência, os legitimados [ativo e passivo] devem observar as normas procedimentais [Lei 12850/13; CPP; art. 381; CP, art. 91 e 91-A] e os limites e restrições estabelecidas na legislação específica de modo cogente. Do contrário, prevaleceria a livre disposição do legitimado ativo [Ministério Público ou Delegado de Polícia] quanto ao objeto negociado, situação incompatível com o previsto no art. 4º da Lei 12850/13 e os limites democráticos quanto à disponibilidade da ação penal pelo Ministério Público que, diferentemente do modelo do *plea bargaining* [ALSCHULER, Albert. W. **Implementing the criminal defendants right to trial: alternatives the plea bargaining system**. University of Chicago Law Review, v. 50, n. 3, p. 931-1.050, 1983; LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2023], encontra balizas normativas definidas e obrigatórias, sob pena de nulidade.

Por ser um ato jurídico, ainda que processual, aplica-se o disposto no art. 104 do Código Civil:

“A validade do negócio jurídico requer:

“I - agente capaz;

“II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

“III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e RAQUEL SANT'ANNA MAZZUCO [Delação Premiada como Negócio Jurídico. Florianópolis: EMais, 2019, p. 47] apontam:

“Para melhor compreensão do negócio jurídico, a doutrina majoritária, com base nos ensinamentos de Pontes de Miranda, traz a análise do fenômeno jurídico a partir dos planos de existência, validade e eficácia. A ‘escada ponteana’ traz ao negócio jurídico elementos específicos para cada um dos seus planos. O plano da existência pressupõe a manifestação/declaração da vontade, as partes, o objeto e a forma. O plano da validade denota a vontade livre, consubstanciada nos elementos previstos no art.104, do Código Civil, (i) agente capaz, (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei. No plano da eficácia, o negócio está apto a produzir efeitos, e temos a condição, o termo e o encargo”.

Logo, o **agente capaz** é o legitimado para o exercício da ação penal [Ministério Público, presente a hipótese de o Delegado de Polícia coadjuvar] e o colaborador [legitimado passivo], assistido obrigatoriamente por defensor [Lei 12850, art. 3-C, §1º], tendo por **objeto** o dever de “*narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados*” [Lei 12850, art. 3-C, §3º], com a finalidade de servir de meio de obtenção de prova às Etapas de Investigação Criminal e de Procedimento Judicial tendente à responsabilização dos agentes envolvidos na Organização Criminosa [ORCRIM] ou nos ilícitos correlatos.

O resultado do **procedimento** de negociação materializa-se por meio de acordo escrito [com anexos ordenados pela defesa], seguido de decisão judicial homologatória da “proposta” pela autoridade judiciária, momento em que exercer o controle de conformidade [material e formal]

quanto aos “termos do acordo” que, a teor do art. 121 do Código Civil, “*subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto*”, ou seja, à prolação de futura **sentença penal condenatória**, ocasião em que a autoridade judicial sentenciante verificará o grau do desempenho obtido pelo colaborador em relação à proposta homologada, com a aplicação parcial ou total do benefícios anteriormente acordados, nos termos do art. 4º da Lei 12850/13:

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

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

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

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

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

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

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

“§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

“§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até

6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

“§ 4º Nas mesmas hipóteses do **caput** deste artigo, 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 efetiva colaboração nos termos deste artigo”.

Estabelecidas essas premissas, a eficácia da proposta de **Colaboração Premiada** homologada pela autoridade judiciária subordina-se à eficácia da sentença penal condenatória, incluindo os efeitos da sentença condenatória contra o colaborador, porque não há previsão legal para que os efeitos subsequentes ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória possam ser objeto de disposição antecipada quando da homologação da “proposta” da **Colaboração Premiada**.

Logo, o produto da barganha antes da sentença condenatória, negociada entre o agente estatal e o colaborador, sob necessária orientação técnica de defensor, sem a participação do juiz nas rodadas de negociação, limita-se materialmente ao objeto negociável, **incluída a assunção circunstancial de dizer a verdade**, com a nulidade das cláusulas que extrapolam a função de “proposta”.

Em face da conformação da Justiça Negocial ou Premial admite-se a homologação de proposta de Colaboração Premiada, subordinada à condição de eficácia [desempenho] entre o conteúdo prometido e o cumprido, a ser verificado pelo órgão judicial quando da decisão de mérito, salvo nas hipóteses de não oferecimento da denúncia. Em todas as demais situações, o cumprimento do acordado submete-se ao trânsito em julgado da decisão condenatória, momento em que será executada [STF, ADCs 43, 44 e 54].

O motivo é que, em geral, o Processo Penal é de partes adversárias [Acusação e Defesa], contexto em que acusado defende-se da Hipótese Acusatória [HAc] por meio de defesa positiva ou negativa com a pretensão de ser absolvido. No caso de **acusado-colaborador**, embora ocupe o polo passivo da relação processual, ao contrário do **acusado-padrão**, que se defende, o colaborador alinha-se à acusação, isto é, para que obtenha os prêmios negociados a condenação é desejável. Por isso, o comportamento processual é o de alinhamento probatório porque a

entrega das informações é condição de possibilidade ao recebimento do prêmio acordado. Do contrário, não receberá os benefícios ajustados quando da homologação da proposta.

A situação é destacada por Gustavo Badaró ao defender “A necessidade de um regime legal para o colaborador premiado”, em artigo na CONJUR, após a decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 157627 que anulou o processo diante da ordem de apresentação dos memoriais em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa:

“A decisão chamou atenção para um dos inúmeros problemas da insuficiente disciplina legal da colaboração premiada: qual a ordem de apresentação dos memoriais, no processo em que o colaborador premiado também figura como corréu junto aos delatados

Com efeito, ao se alinhar como fonte humana de prova favorável, de modo circunstancial e *ad hoc*, o acusado-colaborador deve entregar o conteúdo do acordo anteriormente homologado, sem que renuncie ao Direito Fundamental de produzir prova contra si mesmo, porque, no caso, cuida-se de privilégio estipulado no domínio da Justiça Negocial, com direito de revogação e/ou de rescisão.

Com esses acréscimos e considerações, acompanho o relator ao emprestar interpretação conforme a Constituição, por não se tratar de renúncia e não exercício de Direito Fundamental circunstancial, no contexto negocial da Colaboração Premiada.

Assim, o acusado-colaborador, de regra, compromete-se a produzir provas contra si mesmo e também contra eventuais corréus. Desse modo, a previsão que impõe o seu dever de veracidade, de certo modo, tem uma função de proteção ao direito ao contraditório e ao exame cruzado pelos corréus delatados. [BADARÓ, Gustavo H. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?** In: MOURA; BOTTINI (Coord.). *Colaboração premiada*. RT, 2017, p. 134]

Resta evidente que, do mesmo modo que opta voluntariamente por cooperar com a persecução penal, o imputado pode alterar sua visão e deixar de contribuir com os atos estatais, voltando a exercer o direito a não autoincriminação. Nesse caso, o descumprimento aos termos do

acordo poderá acarretar a sua rescisão e a perda dos benefícios, mas não há possibilidade de forçar o seu cumprimento ou sancionar o réu de outro modo por não produzir as provas prometidas.

VINÍCIUS VASCONCELLOS discorre:

“Sem dúvidas, o dispositivo normativo que impõe a renúncia ao direito ao silêncio é problemático. Parece claro que o dever de colaborar é inerente à realização do acordo e à sua eficácia, de modo que o exercício do direito ao silêncio pelo delator pode acarretar, conforme o caso, a rescisão do pacto. Ou seja, o silêncio do imputado-colaborador, se prejudicar a eficácia de sua cooperação em conformidade com os resultados esperados definidos no acordo, pode ser caracterizado como uma causa de rescisão do acordo, mas não há renúncia ao direito de não autoincriminação.”

[VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 3ed. RT, 2020. p. 209-210].

Nesse sentido, vale destacar decisão do eminente Min. TEORI ZAVASCKI em que se homologou acordo de colaboração premiada com a ressalva de que:

“(…) o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão ‘renúncia’ à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, constante no título VI do acordo (fl. 20), no que possa ser interpretado como renúncia a direitos e garantias fundamentais, devendo ser interpretada com a adição restritiva ‘ao exercício’ da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins” (STF, Pet. 5.952, Min. Teori Zavascki, j. 14.03.2016. p. 254).

Assim, o colaborador pode optar por descumprir o acordo e retomar o exercício do direito a não autoincriminação.

Portanto, **acompanho o Relator em relação à interpretação conforme do dispositivo [art. 4º, §14º, da Lei n. 12.850/13]: não se trata de renúncia, mas de não exercício ao direito ao silêncio, desde que voluntariamente assim opte o acusado-colaborador-arrepentido, sem prejuízo de retomar o seu exercício em caso de descumprimento ao acordo, o que pode acarretar a perda dos benefícios pactuados e não**

outra espécie de sanção ou imposição de cooperação à persecução penal.

Ademais, em caso de nulidade ou rescisão da colaboração premiada, a confissão eventualmente realizada para fins do acordo não poderá ser utilizada no processo, com reduzido ou inexistente efeito para com terceiros. Trata-se de consolidação do direito ao silêncio, cujo exercício é retomado, e ao direito de retratação da confissão previsto no CPP, tendo em vista a natureza negocial da Colaboração Premiada.

DISPOSITIVO

Por tais razões, acompanho quanto às conclusões do eminente relator, excluindo do âmbito de incidência do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/13, as hipóteses de exercício de direitos fundamentais pelo arguido ou seu defensor, no domínio das ações neutras ou do direito de não produzir prova contra si mesmo e, também de que o §4º do art. 4º da Lei 12.850/13 deve ser entendido no contexto negocial, relacionado aos deveres inerentes aos termos obrigacionais assumidos pelo colaborador no sentido de que a não-incriminação é preservada e poderá ser exercida a qualquer tempo.

É como voto.