

O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal

Rodrigo Capez¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. Natureza jurídica da colaboração premiada: negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova. III. Impossibilidade de o coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador impugnar o acordo de colaboração. IV. Acordo de colaboração e efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. V. Direito subjetivo do colaborador à sanção premial. VI. Colaboração premiada e encontro fortuito de provas. VII. Juízo competente para a homologação do acordo de colaboração, quando houver indícios do envolvimento de titulares de prerrogativa de foro em ilícitos penais.

I. Introdução

O instituto da colaboração premiada, em nosso ordenamento jurídico, remonta ao Livro V das Ordenações Filipinas, que vigorou no Brasil de 1603 até o Código Criminal do Império (1830) e ficou conhecido pela pretensão de inibir, mediante o terror e a previsão de penas atroz, o cometimento de crimes – a ponto de Luís XIV, da França, ter indagado se, após o seu advento, com tantas cominações de pena de morte, alguém havia escapado com vida,² e de um rei africano ter estranhado, ao lhe serem lidas as Ordenações, que nelas não se contivesse pena para quem andasse descalço, tão extenso era o rol delitos.³

Não obstante esse extremo rigor, o Livro V previa sanções premiaias para o partícipe e delator do crime de lesa majestade (Título VI, item 12, do citado Livro V), como uma recompensa (“mercê”), “segundo o caso merecer”, desde que não fosse o principal organizador desse delito. Negava-se o benefício, porém, se outrem já houvesse delatado o crime ou se já estivesse em curso uma investigação a seu respeito.

Em outro dispositivo (Título CXVI: “como se perdoará aos malfeitores [...] que derem outros à prisão”), o Livro V também previa, para determinados crimes, o perdão ao delator, e, no caso de o delatado ser um “salteador de caminhos”, uma recompensa pecuniária.

Mais recentemente, inúmeros dispositivos legais reconheceram ao colaborador o direito a sanções premiaias: art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional); art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); art. 14 da Lei nº 9.807/99; e art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

¹ Mestre em Direito Processual Penal (USP). Juiz auxiliar do Gabinete do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal.

² GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1965. t. I, p.116.

³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. 1, p. 85.

Finalmente, a colaboração premiada recebeu disciplina própria na Lei nº 12.850/13, que tem suscitado inúmeras controvérsias de natureza penal e processual penal.

Citem-se, a título exemplificativo, a discussão sobre: i) a natureza jurídica da colaboração premiada; ii) a existência de direito subjetivo do colaborador à sanção premial acordada; iii) a legalidade de cláusulas dispendo sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco do produto do crime ou de qualquer proveito auferido pelo agente com a sua prática; iv) a determinação do juízo competente para a homologação do acordo, quando, nos depoimentos de colaborador que não detenha foro privilegiado, houver indícios da prática de crime por titulares de prerrogativa de foro, como parlamentares federais; v) a possibilidade de o coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo delator impugnar acordo de colaboração; e vi) a determinação do juízo competente para processar e julgar os crimes delatados pelo agente colaborador que não sejam conexos àqueles objeto da investigação primária.

Não se pretende, aqui, exaurir o tema, mas tão somente abordá-lo sob a óptica da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal.

O HC nº 127.483/SP, j. 27/8/15 e o Inq. nº 4.130/PR-QO (questão de ordem), j. 23/9/15, ambos da relatoria do Ministro Dias Toffoli, publicados no DJe de 3/2/16, são os mais importantes julgados do Plenário da Suprema Corte a respeito da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/13.

Este artigo, portanto, se lastreia nesses leading cases e buscou preservar a literalidade de sua fundamentação, registrando-se, quando necessária, a opinião do autor.

II. Natureza jurídica da colaboração premiada: negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova

O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 127.483/SP, assentou que o acordo de colaboração premiada

[...] enquadra-se na categoria negócio jurídico processual, uma vez que o 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 [...]

Corroborando essa conclusão, ressaltou-se que a lei de regência expressamente se refere a um “acordo de colaboração” e às “negociações” para a sua formalização (art. 4º, § 6º).

Destacaram-se, ainda, os relevantes efeitos processuais do acordo de colaboração, previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13, tais como a suspensão do prazo para oferecimento da denúncia ou do próprio processo; a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração e a renúncia ao direito ao silêncio por parte do colaborador.

O Supremo Tribunal Federal, com base em Antônio Junqueira de Azevedo,⁴ estabeleceu que

[...] o exame do negócio jurídico deve ser feito em três planos sucessivos: i) da existência, pela análise de seus elementos, a fim de se verificar se o negócio é existente ou inexistente; ii) da validade, pela análise de seus requisitos, a fim de se verificar se o negócio existente é válido ou inválido (subdividido em nulo e anulável); e iii) da eficácia, pela análise de seus fatores, a fim de se verificar se o negócio existente e válido é eficaz ou ineficaz em sentido estrito.

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

Para o Relator, não se confundem “proposta” e “acordo”, uma vez que a primeira é retratável (art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13), mas não o segundo. Caso o colaborador desista de cumprir seus termos, não se cuidará de retratação, “mas de simples *inexecução de um negócio jurídico perfeito*”.

Os elementos de existência do acordo de colaboração premiada, segundo o Supremo Tribunal Federal, estão previstos no art. 6º, da Lei nº 12.850/13:

O acordo deverá ser feito por escrito e conter: i) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.

Quanto à “especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família” (art. 6º, V, da lei de regência), concluiu-se que “constitui um elemento particular eventual, uma vez que o acordo somente disporá sobre tais medidas ‘quando necessário’”.

Quanto ao plano subsequente da validade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que

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

O próprio art. 4º, *caput* e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13 estabelece, como requisitos de validade do acordo, a voluntariedade do agente, a regularidade e a sua legalidade.

⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002.

Destacou-se, no voto condutor do HC nº 127.483/SP,

[...] que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção.

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

Para a Suprema Corte, fator determinante para a colaboração premiada é a ausência de coação, pouco importando que o colaborador esteja preso ou solto, uma vez que “entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia”.

Neste particular, observamos que a voluntariedade do acordo de colaboração poderá ser aferida pelo juiz em audiência própria com o colaborador e seus defensores, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13, da qual, segundo o entendimento adotado pelos Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki nos procedimentos de sua relatoria, *não participará o Ministério Público*, pois o seu objetivo é aferir se o colaborador sofreu algum tipo de coação.

Diante do que estabelece aquele dispositivo legal (“*podendo*, para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”), essa audiência não é obrigatória e poderá ser dispensada se os elementos de informação coligidos permitirem aquilatar, desde logo e com segurança, a voluntariedade do acordo.

Finalmente, superados os planos da existência e da validade, a teor do HC nº 127.483/SP, chega-se ao plano da eficácia: “o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13)”.

Para o Supremo Tribunal Federal, esse

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

Nessa atividade de delibação, o juiz, no entendimento da Suprema Corte,

[...] não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores.

A homologação, portanto, não implica que o juiz tenha admitido como idôneas as declarações do colaborador, e

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

Por fim, registrou o voto condutor do acórdão que,

[...] havendo um acordo de colaboração existente, válido e eficaz, nos termos do art. 4º, I a V, da Lei nº 12.850/13, a aplicação da sanção premial nele prevista dependerá do efetivo cumprimento pelo colaborador das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos seguintes resultados: a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Caso não se alcance nenhum desses resultados, “restará demonstrado o inadimplemento do acordo por parte do colaborador, e não se produzirá a consequência por ele almejada (aplicação da sanção premial)”.

Além de negócio jurídico processual, a colaboração premiada, na exata dicção legal (art. 3º, I da Lei nº 12.850/13), é considerada meio de obtenção de prova, assim como, v.g., a busca e apreensão, a interceptação de comunicações telefônicas e o afastamento dos sigilos bancário e fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, no HC no 127.483/SP, distinguiu os meios de prova (*mezzi di prova*) dos meios de pesquisa de prova (*mezzi di ricerca della prova*), aduzindo que, enquanto os primeiros são diretamente utilizáveis para a formação do convencimento judicial a respeito da veracidade ou não de um fato (tais como o testemunho, a perícia, o documento), os meios de obtenção de prova não constituem, por si sós, fonte de convencimento judicial, destinando-se à aquisição de elementos ou fontes de prova que poderão, estes sim, servir à reconstrução histórica dos fatos.

Para o voto condutor do acórdão, “o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador”, haja vista que,

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

III. Impossibilidade de o coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador impugnar o acordo de colaboração

O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 127.483/SP, decidiu que:

[...] por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e

nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

Entendeu-se que o acordo de colaboração,

[...] como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica: res inter alios acta. Sua finalidade precípua a aplicação da sanção premial ao colaborador, com base nos resultados concretos que trouxer para a investigação e o processo criminal.

Para o Supremo Tribunal Federal,

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

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

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

De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal reconheceu aos delatados a legitimidade para

[...] confrontar, em juízo, as afirmações sobre fatos relevantes feitas pelo colaborador e as provas por ele indicadas, bem como para impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor com base naquelas declarações e provas, inclusive sustentando sua inidoneidade para servir de plataforma indiciária para a decretação daquelas medidas – mas não, repita-se, para impugnar os termos do acordo de colaboração feito por terceiro.

Concluiu-se, ainda, que “negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses”, uma vez que, além de poder confrontar, nos procedimentos em que figurar como imputado, as declarações do colaborador e as provas com base nelas obtidas, nenhuma sentença condenatória poderá ser proferida com base apenas nessas declarações (art. 4º, § 16, Lei nº 12.850/13).

Para a Suprema Corte,

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

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

Quanto ao valor probatório dos depoimentos do colaborador, observou o Supremo Tribunal Federal que o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13, inspira-se nitidamente no art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal italiano:⁵

[...] que não exclui a utilizabilidade probatória das declarações feitas por coimputado sobre a responsabilidade alheia, mas, ao impor sua valoração conjunta com outros elementos que confirmem sua credibilidade (“attendibilità”), subordina sua utilização à necessidade de corroboração por elementos externos de verificação (GREVI, Vittorio. Compendio di procedura penale. 6. ed. p. 323-324).

Salientou o voto condutor do acórdão que “para fins de corroboração das declarações heteroinculpatórias do agente colaborador, não são suficientes, por si sós, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador”. Nesse ponto, o Relator divergiu de Vittorio Grevi, “para quem nada obsta que os elementos de prova que confirmem uma delação possam ser representados por declarações de um diverso coimputado”.⁶

Com base na doutrina de Gustavo Badaró, registrou o voto condutor do HC nº 127.483/SP que

[...] a lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação. Em princípio, portanto, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer

⁵ Art. 193, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal italiano: “Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell’articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità”.

⁶ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (Org.). 6. ed. Pádua: CEDAM, 2012. p. 325

meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas...

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

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

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

Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas.⁷

Observamos, por fim, que a impossibilidade de o delatado impugnar o acordo de colaboração feito por terceiro foi o principal fundamento para a unanimidade no julgamento do Supremo Tribunal Federal que denegou a ordem no HC nº 127.483/SP, impetrado contra ato do Ministro Teori Zavascki, Relator da Pet. nº 5.244/DF, que havia homologado o termo de colaboração premiada de Alberto Youssef.

IV. Acordo de colaboração e efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação

Nos termos do art. 91, II, “b”, do Código Penal, constitui efeito da condenação a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Também o art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98 estabelece a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual –, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

⁷ BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. *Revista Jurídica Consulex*, n. 443, p. 26-29, fev. 2015.

Com base nesses dispositivos legais e no art. 4º da Lei nº 12.850/13, que prevê, como sanções premiais, apenas o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por restritiva de direitos, sem qualquer referência aos possíveis efeitos da condenação, observou-se no HC nº 127.483/SP que, segundo parte da doutrina, em razão do princípio da legalidade, o acordo não pode dispor aquelas questões patrimoniais.⁸

O voto condutor do HC nº 127.483/SP, todavia, reputou válidas as cláusulas de acordo de colaboração relacionadas ao proveito auferido pelo colaborador com a prática dos crimes a ele imputados.

Para o Ministro Relator:

[...] a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 231/03 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, expressamente admite que os seus signatários adotem “as medidas adequadas” para que integrantes de organizações criminosas colaborem para o desvendamento de sua estrutura e a identificação de coautores e partícipes.⁹

E, entre essas “medidas adequadas”, insere-se expressamente a redução de pena para o delator “que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção”.

A seu ver:

[...] também a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 348/05 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, estabelece, em seu art. 37.2, que “[...] cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”.

⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada – legitimidade e procedimento. São Paulo : Juruá, p. 140-141. Esse autor admite aquela possibilidade apenas nos casos de perdão judicial, tendo em vista a natureza declaratória da sentença que o concede.

⁹ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), artigo 26. Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei. 1. Cada Estado Parte tomará as *medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados*: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. 2. *Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.*

Apesar de o confisco não constituir propriamente uma pena acessória, mas, sim, um efeito extrapenal da condenação (art. 91, II, “b”, do Código Penal), o Relator do HC nº 127.483/SP, “a partir de uma *interpretação teleológica* das expressões ‘redução de pena’, prevista na Convenção de Palermo, e ‘mitigação de pena’, prevista na Convenção de Mérida”, concluiu que elas compreendem, “*enquanto abrandamento das consequências do crime*, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação”.

Logo, “havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas ‘as medidas adequadas para encorajar’ formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (*no sentido de abrandamento das consequências do crime*)”, o Relator do HC nº 127.483/SP reputou lícito que o acordo de colaboração dispusesse sobre o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa, entre as sanções premiais a que fará jus.

De acordo com o voto condutor do acórdão:

[...] se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), a fortiori, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (art. 91, II, b, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98).

Ademais, se a colaboração frutífera também pode conduzir ao não oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º, Lei nº 12.850/13) e, por via de consequência, à impossibilidade de perda patrimonial como efeito da condenação, nada obsta que determinados bens do colaborador possam ser imunizados contra esse efeito no acordo de colaboração, no caso de uma sentença condenatória.

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

V. Direito subjetivo do colaborador à sanção premial

O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 99.736/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/5/10, ao tratar do instituto da delação premiada previsto no art. 14 da Lei nº 9.807/99, decidiu que constitui conduta desleal do Estado negar-se ao delator a sanção premial a que faria jus, em ofensa ao princípio da moralidade previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Esse direito subjetivo do colaborador às sanções premiais acordadas, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, voltou a ser reconhecido pelo

Ministro Dias Toffoli, Relator do HC nº 127.483/SP, que expressamente invocou aquele precedente.

Anotou o Relator em seu voto que “a justiciabilidade, ou seja, sua exigibilidade judicial, é a nota característica do direito subjetivo”, de acordo com *Martin Borowski*.¹⁰

Assentou ainda que:

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

Assim, para o voto condutor do acórdão, por força de seu direito subjetivo à sanção premial, o colaborador, para exigir o adimplemento da obrigação estatal, pode recorrer da sentença que não a aplicar ou que vier a fazê-lo em desconformidade com o acordo judicialmente homologado.

Para que esse direito subjetivo possa ser exercido, convém lembrarmos que, como requisito de validade do acordo de colaboração, o seu objeto deve ser “lícito, possível e determinado ou determinável”.

Dessa feita, a determinação ou determinabilidade do objeto do acordo é de extrema relevância não apenas por se tratar de um requisito de validade, *como também para possibilitar a sua correta execução*.

Para a perfeita compreensão da natureza e da extensão da sanção premial acordada, é mister que, tanto quanto possível, as cláusulas que a disciplinem não suscitem dúvidas.

Cabe ao juiz, portanto, antes de homologar o acordo de colaboração, *no controle de sua legalidade e regularidade*, determinar, se o caso, o seu aditamento para sanar omissões, contradições ou ambiguidades, de modo a evitar que, futuramente, por ocasião da sentença, constituam a gênese de aporias e perplexidades.

VI. Colaboração premiada e encontro fortuito de provas

O Ministro Dias Toffoli, no voto condutor do julgamento da questão de ordem no Inquérito nº 4.130/PR, aduziu que:

[...] sendo a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, é possível que o agente colaborador traga informações (declarações, documentos, indicação de fontes de prova) a respeito de crimes que não tenham relação alguma com aqueles que, primariamente, sejam objeto da investigação.

Esses elementos informativos (art. 155, CPP) sobre crimes outros, sem conexão com a investigação primária, a meu sentir, devem

¹⁰ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 40-47 e 119-120.

receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou a encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica.

Anotou o Relator, neste particular:

[...] que o Supremo Tribunal Federal já assentou a validade do encontro fortuito de provas em interceptações telefônicas (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02; HC nº 83.515/RS, Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05; HC 84.224/DF, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 16/5/08; AI nº 626.214/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 8/10/10; HC nº 105.527/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 13/5/11; HC nº 106.225/SP, Primeira Turma, Relator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, DJe de 22/3/12; RHC nº 120.111/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 31/3/14).

Ressaltou em seu voto que, “ainda que válidos as elementos de informação trazidos pelo colaborador, *relativamente a outros crimes que não sejam objeto da investigação matriz*”, o acordo de colaboração, “como meio de obtenção de prova, *não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência*”.

A partir dessa premissa, o Supremo Tribunal Federal concluiu que

[...] ainda que o agente colaborador aponte a existência de outros ilícitos penais e que o juízo perante o qual foram prestados seus depoimentos ou apresentadas as provas que corroborem suas declarações ordene a realização de diligências (interceptação telefônica, busca e apreensão etc.) para sua apuração, esses fatos, por si sós, não firmam sua prevenção.

A Suprema Corte, após uma reflexão sobre o iter de concretização da jurisdição, assentou que

[...] a competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador, que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz, dependerá do local em que consumados, da sua natureza e da condição das pessoas inculpas (prerrogativa de função).

Aduziu ainda que, nos termos do art. 78, II, do Código de Processo Penal:

[...] nos casos de infrações conexas e de concurso de jurisdições da mesma categoria (v.g., juízos de primeiro grau), o foro prevalente, em primeiro lugar, será o do lugar da infração a que cominada a pena mais grave. Sendo de igual gravidade as penas, prevalecerá a competência do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações. Por fim, apenas se não houver diferença quanto à gravidade dos crimes ou quanto ao número de infrações, firmar-se-á a competência pela prevenção.

Por fim, concluiu

[...] que não haverá prorrogação da competência do juiz processante – alargando-a para conhecer de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente –, se não estiverem presentes i) uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e ii) uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal.

Destacou o voto condutor do Inq. nº 4.130/PR-QO que o Supremo Tribunal Federal, no RHC nº 120.379/RO, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/10/14, já havia decidido que “a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*”, bem como que “o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*”.

Outrossim, aduziu que, mesmo que:

[...] o juízo processante, com base nos depoimentos do colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões e ordenado a realização de busca e apreensão ou de censura telefônica, essa circunstância não gerará sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (conexão ou continência), uma vez que a prevenção é um critério subsidiário de aferição da competência.

Para ilustrar esse raciocínio, o voto condutor do Inq. nº 4.130/PR-QO invocou o seguinte exemplo:

[...] o fato de um juiz de um foro em que encontrado um cadáver ser o primeiro a decretar uma medida cautelar na investigação não o torna prevento, nos termos do art. 83 do Código de Processo Penal, para a futura ação penal caso se apure que o corpo tenha sido apenas ocultado naquela localidade e que o homicídio, em verdade, tenha-se consumado em outra Comarca. Nessa hipótese, prevalece o forum delicti commissi (foro do lugar da infração), critério primário de determinação da competência, pois a prevenção não pode se sobrepor às regras de competência territorial.

Por fim, asseverou a Suprema Corte no julgado em questão que:

[...] o simples fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de “fases da operação Lava-jato” uma sequência de investigações sobre crimes diversos – ainda que a sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas – não se sobrepor às normas disciplinadoras da competência.

Nenhum órgão jurisdicional pode se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência.

VII. Juízo competente para a homologação do acordo de colaboração, quando houver indícios do envolvimento de titulares de prerrogativa de foro em ilícitos penais

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, por se tratar de um meio de obtenção de prova (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/13), quando houver notícia, no acordo de colaboração, de crimes praticados por titular de prerrogativa de foro, a sua homologação caberá ao tribunal competente para a respectiva ação penal, sob pena de usurpação de competência.

Dessa feita, não compete ao juízo de primeiro grau essa homologação, ainda que, até então, o colaborador, sem prerrogativa de foro, fosse o único investigado.

Assim é que todas as colaborações premiadas relativas à denominada operação “lava-jato” que indiquem a participação de parlamentares federais têm sido homologadas monocraticamente pelo Relator, o Ministro Teori Zavascki (confira-se, v.g., a Pet. nº 5.245/DF, DJe de 1º/2/16), *sem necessidade de sua submissão ao colegiado*, por força do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Registramos que, segundo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao juízo de primeiro grau, ao se deparar com indícios da participação de parlamentar federal em crimes, determinar a cisão das investigações e ordenar a remessa à Suprema Corte apenas da apuração relativa ao detentor de foro privilegiado, o que tipifica usurpação da competência (Rcl nº 1.121/PR, Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJe de 4/5/2000; Rcl nº 7.913/PR-AgR, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 9/9/11; AP nº 871/PR-QO, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 30/10/14).

Logo, *toda a investigação*, e não apenas a parte referente aos titulares de prerrogativa de foro, deve ser encaminhada ao tribunal competente, que deverá supervisioná-la e, se o caso, ordenar o seu desmembramento.

Importante lembrarmos que a cisão parcial de inquérito ordenada por juízo incompetente poderá levar ao reconhecimento da nulidade dos atos de investigação, de medidas cautelares eventualmente ordenadas e, por força do princípio da consequencialidade, da própria ação penal lastreada nesse inquérito.

Registramos, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, em caráter excepcional, já reconheceu a possibilidade de se preservar a validade dos atos praticados por juízo incompetente, inclusive medidas cautelares, entre as quais a prisão preventiva, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02; Inq. nº 4.130/PR-QO, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 3/2/16).

Essa mesma teoria do juízo aparente foi aplicada pelo Ministro Teori Zavascki na AP nº 963/PR, DJe de 5/11/15, quando do desmembramento desse feito, ao determinar que a competência para processar e julgar os ilícitos penais relacionados à Eletrobras/Eletronuclear fosse deslocada da Seção Judiciária de Curitiba (onde a apuração transcorria junto com a denominada operação “lava-jato”) para a do Rio de Janeiro, por reputar que não houve a prática intencional de atos violadores da competência do Supremo Tribunal Federal na atuação do juízo de primeira instância.