



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

JOÃO HENRIQUE MESSIAS CONFORTI DE CARVALHO

**A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL:
A VALIDADE DE BENEFÍCIOS EXTRALEGAIS**

Brasília
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL:
A VALIDADE DE BENEFÍCIOS EXTRALEGAIS**

Autor: João Henrique Messias Conforti de Carvalho

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

25 de Junho de 2019.

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOÃO HENRIQUE MESSIAS CONFORTI DE CARVALHO

A colaboração premiada como negócio jurídico processual: a validade de benefícios extralegais

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
(Membro)

Profa. Dra. Raquel Tiveron
(Membro)

Dr. Marcio Martagão Gesteira Palma
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte do meu foco e da minha perseverança.

Aos meus pais, Tarcila e Carlos Marcelo, por todo o amor, e por toda a dedicação na minha formação. Às minhas irmãs, Maria Alice e Maria Isabel, por todo o carinho. Ao meu avô Carlos e à minha avó Carmen, alicerces da família. Aos meus tios e tias, em especial à minha tia Liana e ao meu tio Marcus, grandes exemplos na família e na área jurídica.

A todos aqueles que contribuíram com este trabalho. Em especial, Yuri, Sophia, Matheus Vinicius, Vitor, Amanda, Mayk, Vinicius, Lucas e Marcella. Vocês foram decisivos para a elaboração e estruturação desta monografia.

Aos meus grandes amigos. Matheus Vinicius, Francisco, Matheus, Hilário, Yan, Beatriz, Luiza, Victor José, Pedro, Bruna, Mateus, Ana Teresa, Júlia, Yuri, Fernanda Luiza, Vinicius, Ádhryans, Lucas, Amanda, Hyago, Thainá, Vitor, Giovanna e Magdiel. Sou muito grato por ter vocês na minha vida.

E ao meu orientador, Prof. Paulo Queiroz, pela independência que me deu ao longo do desenvolvimento deste trabalho.

João Henrique M. C. de Carvalho

Brasília, 25 de junho de 2019

CARVALHO, João Henrique Messias Conforti de. (2019). **A colaboração premiada como negócio jurídico processual: a validade de benefícios extralegais**. Monografia Final do Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 71 p.

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	6
INTRODUÇÃO.....	8
1. CAPÍTULO 1 – ASPECTOS GERAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	11
1.1 Procedência histórica.....	11
1.2 A colaboração premiada nos moldes da Lei 12.850/2013.....	14
1.2.1 Aspectos gerais.....	14
1.2.2 A colaboração premiada como meio de obtenção de prova.....	15
1.2.3 Direitos e deveres do colaborador.....	17
1.2.4 Benefícios previstos na legislação.....	18
1.2.5 Procedimento para celebração de acordo de colaboração premiada.....	21
2. CAPÍTULO 2 – A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL.....	27
2.1 A natureza jurídica da colaboração premiada.....	29
2.2 Mitigações do sistema penal e processual penal tradicional.....	32
2.3 Princípios atinentes à colaboração premiada.....	36
3. CAPÍTULO 3 – A VALIDADE DE BENEFÍCIOS NÃO PREVISTOS EM LEI.....	41
3.1 O debate no Supremo Tribunal Federal: a Questão de Ordem na Petição nº 7074.....	42
3.2 O debate doutrinário.....	48
3.3 A prática - cláusulas de acordos examinadas pelo Supremo Tribunal Federal.....	54
CONCLUSÕES.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

RESUMO

A colaboração premiada é instituto relativamente novo no direito brasileiro, de forma que há incerteza quanto aos seus limites. Nesse âmbito, pairam dúvidas quanto à validade da pactuação e da concessão de benefícios não previstos na legislação, hipótese que tem se tornado corriqueira em casos do âmbito da “Operação Lava-Jato”. Os diplomas legais não oferecem resposta imediata à questão, de forma que a solução deve ser encontrada por meio da interpretação dos princípios que regem o instituto. Assim, o presente trabalho busca elucidar o problema em três frentes: jurisprudencial, doutrinária e prática. Após esse cotejo, conclui-se que os benefícios extralegais são válidos, mas que são necessários limites para compatibilizá-los com o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: colaboração premiada, acordo, benefícios, validade

ABSTRACT

Criminal bargaining is relatively new in Brazil's legal system, which causes some uncertainties regarding the institute's limits. As such, there are doubts about the validity of clauses which grant benefits that aren't stipulated in the law. This kind of agreement has become an ordinary technique at “Operação Lava-Jato”. National laws don't answer this question, so the solution must be found by the interpretation of principles associated to the institute. Therefore, the problem will be developed in three fronts: jurisprudence, doctrine and practice. After that, it is concluded that this kind of stipulation is valid, but there must be limits to align these clauses with the juridical order.

Key words: Criminal bargaining, agreement, privileges, validity

Dedicated to all human beings

“Reckoner” - Radiohead

INTRODUÇÃO

É notória na história recente do Brasil a eclosão da chamada “Operação Lava-Jato”, a qual representou um novo paradigma em termos de investigação criminal. A magnitude dessa “operação”¹ é comprovada pelos números: foram instaurados 2.476 procedimentos, realizados 1.237 mandados de busca e apreensão, ofertadas 90 denúncias e proferidas 50 sentenças.²

Essa nova realidade na prática processual criminal, que se principiou em março de 2014, foi possibilitada por mudanças na legislação. Com efeito, nas leis anteriores, o tratamento dado aos meios de obtenção de prova, bem como ao próprio crime organizado, era vago, confuso e impreciso. Foi com o intuito de suprir essa deficiência normativa que se apresentou, em maio de 2006, o Projeto de Lei do Senado nº 150/2006³, o qual deu origem à Lei 12.850/2013.

Esse dispositivo normativo, que entrou em vigor em setembro de 2013 - ou seja, meses antes de emergir a “Operação Lava-Jato” -, dedicou um capítulo inteiro à colaboração premiada⁴, de forma que se possibilitou maior segurança jurídica para a aplicação prática do instituto. Nesse âmbito, destacam-se os 184 acordos de colaboração premiada firmados, muitos dos quais serviram como meio de obtenção de provas para os processos instaurados.

Contudo, muito embora essa lei tenha possibilitado a rápida consolidação da colaboração premiada como técnica de investigação, ainda persistem diversas dúvidas quanto à aplicação de alguns de seus dispositivos. De fato, o instituto é relativamente novo no ordenamento jurídico, de forma que é natural que seus contornos ainda não estejam definidos.

Nesse contexto, tem chamado atenção a pactuação e homologação de certas cláusulas premiais, as quais não encontram previsão na Lei 12.850/2013 – que, nesse ponto, introduziu um limitado rol. Assim, já foram homologados acordos que instituem benefícios

¹ O termo “operação” não é juridicamente preciso. Decerto não se trata de instituto previsto normativamente. Com efeito, o vocábulo se convencionou com o costume, alheio a qualquer disposição formal em legislação, para designar um grupo de casos (inquéritos, procedimentos ou processos) de alguma forma relacionados (identidade de autores, condutas, etc.).

² Dados do Ministério Público Federal, disponíveis em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em 11 de junho de 2019

³ Posteriormente convertido em Projeto de Lei nº 6.578/2009

⁴ “Colaboração premiada” é a expressão mais adequada de se referir ao instituto. Esta palavra é utilizada pela própria Lei 12.850/2013. Além disso, “delação premiada” não é sinônimo de colaboração, pois esta é um gênero em que aquela está contida. Assim, é possível colaborar sem delatar – por exemplo, ao indicar às autoridades públicas o local em que se encontra o produto do crime.

como penas máximas, regimes diferenciados e até renúncia ao direito de impetrar *habeas corpus*.

Tanto doutrinariamente quanto judicialmente, a validade desse tipo de cláusula é questionada. Ou seja, há quem considere ilícito o objeto (benefício premial)⁵ do negócio jurídico em questão (acordo de colaboração premiada). Isso porque, de acordo com essa concepção, as partes não poderiam dispor sobre o processo penal, em razão de vigorar no Brasil o sistema romano-germânico. Há, contudo, outro entendimento, segundo o qual seria possível uma coexistência de modelos, o que permitiria que, de acordo com uma lógica negocial, as partes fossem protagonistas, de forma que teriam autonomia para negociar sobre a persecução penal.

O problema não possui solução imediata, uma vez que as normas em sentido formal são silentes. Com efeito, não se definiu, no texto legal, se o rol de benefícios é taxativo ou não. De igual modo, a *mens legis* e a *mens legislatori* não auxiliam diretamente o intérprete. Muito embora, quando da apresentação do projeto de lei no Senado, a vontade do legislador fosse fixar a competência do Judiciário para a concessão de benefícios⁶, a redação final da lei enseja uma interpretação mais ampla, já que se possibilitou à autoridade ministerial dispor acerca do exercício da ação penal.

Portanto, a fim de responder a esse questionamento, deve-se primeiramente entender o que é a própria colaboração premiada. Assim, o presente trabalho, no capítulo 1, irá se dedicar aos aspectos formais do instituto, após uma breve contextualização histórica. No capítulo seguinte, a colaboração premiada será analisada conforme sua natureza jurídica, isto é, de um negócio jurídico processual, com a finalidade de se compreender as suas diversas nuances ontológicas.

Assentadas essas premissas, o capítulo final irá adentrar a questão específica sob três frentes distintas: (i) o debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal, principal órgão

⁵ Nos termos do 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.”

⁶ “No que se refere à colaboração premiada, o projeto manteve-se fiel à ideia de que a extinção da punibilidade ou a redução da pena devem partir do Poder Judiciário. A nosso sentir, afigura-se inconstitucional a proposta de atribuir tal competência ao órgão acusador. Isso implicaria verdadeiro esvaziamento de poder, função e atividade do órgão judicial, com flagrante desrespeito à garantia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF) e, no âmbito processual, afronta à cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).”

judicante quanto ao tema; (ii) o escrutínio da doutrina e (iii) as cláusulas em espécie, analisadas por ministros do Supremo Tribunal Federal. Em todos os três momentos, haverá uma abordagem crítica, com o intuito de se chegar a uma resposta para o questionamento inicialmente posto.

1. CAPÍTULO 1 – ASPECTOS GERAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Procedência histórica

Historicamente, a colaboração premiada não é tradicional no sistema jurídico brasileiro. Apesar de inicialmente prevista durante o período colonial, nas Ordenações Filipinas instituídas em 1603⁷, essa disposição foi revogada em 1830⁸, quando entrou em vigor o novo Código Criminal. Assim, o instituto foi retirado do ordenamento jurídico.

De tal modo, praticamente desde a proclamação da Independência, a prática criminal brasileira formatou-se e consolidou-se sem a colaboração premiada, fundamentando-se num modelo adversarial de processo penal, no qual não havia margens para negociação com a acusação. Tal configuração só viria a sofrer transformações significativas apenas após a promulgação da Constituição de 1988, nos anos 1990, com o advento de diversas disposições legais que previram a possibilidade de colaboração do réu em troca de prêmios.

Nesse contexto, o primeiro diploma legal a dispor acerca do instituto foi a Lei de Crime Hediondos (nº 8.072/1990), em seu artigo 8º, parágrafo único, o qual versa que:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Assim, a legislação introduziu a colaboração premiada na sua forma mínima, ou seja, previu-se, tão somente, um direito – redução de pena de um a dois terços – e um dever – denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento. Dessa forma, o instituto não era tratado como acordo propriamente dito, mas apenas como causa de diminuição de pena.

⁷ Há de se ressaltar que, por óbvio, as Ordenações Filipinas vinculam-se a outro paradigma jurídico, completamente diverso do que vige atualmente e estranho a direitos e garantias fundamentais básicos, bem como ao sistema penal acusatório. Nesse sentido: “Há total discricionariedade na aplicação das penas visando assegurar aos nobres o gozo de seus privilégios nobiliárquicos, fruto maior da herança da estirpe. O desconhecimento do ‘princípio da isonomia’, como se poderá notar a partir da leitura dos dispositivos legais selecionados nas Ordenações Reais, é à época completo.” (PALMA, 2017, P. 349)

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 98-102., ago./set. 2005. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123656>. Acesso em: 17 mai. 2019

Previsões semelhantes seguiram, com o advento da Lei nº 9.034/95 (antiga Lei das Organizações Criminosas), que dispôs o seguinte:

Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Ademais, no mesmo ano, a Lei nº 9.099/95 introduziu duas figuras despenalizadoras: a transação penal e a suspensão condicional do processo. Assim, inicia-se a tendência de flexibilização do sistema adversarial penal, devido à criação de espaços de negociação entre acusação e defesa.

No ano seguinte, a Lei nº 9.080/96 instituiu a colaboração premiada no tocante aos crimes contra as ordens financeira e tributária, ao alterar as Leis nº 7.492/86 e 8.137/90⁹. Nesse ponto, destaca-se o quanto exposto por Dalla e Wunder: “a novidade aqui foi que o legislador deixou de prever a delação para crimes específicos e a autorizou abertamente para todos os delitos referidos nessas legislações, independentemente da gravidade ou das penas abstratamente cominadas.”¹⁰

Em seguida, com o advento da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro)¹¹, o instituto da colaboração premiada ganhou disciplina jurídica mais detalhada. No rol de benefícios concedidos ao colaborador, incluiu-se a possibilidade de que a pena pudesse ser cumprida, desde o início, em regime aberto. Ademais, estipulou-se que o colaborador poderá indicar, em seus depoimentos, a localização de bens, direitos ou valores objetos do crime, objetivando-se recuperar importâncias que se esvaíram do alcance do Poder Público, em consequência do próprio delito de lavagem de dinheiro.

⁹Conforme a redação da Lei nº 9.080/95: “Art. 1º Ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo: ‘Art. 25. § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.’”

Art. 2º Ao art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, é acrescentado o seguinte parágrafo único: ‘Art. 16. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena.’”

¹⁰ DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. **Os benefícios legais da colaboração premiada**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1 pp. 107-144, 2018. P. 109

¹¹ Na redação legal: § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Posteriormente, na Lei nº 9.807/99 (proteção às testemunhas) reservou-se um capítulo inteiro à proteção dos réus colaboradores, conferindo-lhes direitos em razão de sua posição de vulnerabilidade social. Além disso, talvez a mais importante contribuição desse diploma tenha sido a previsão específica de três formas de colaboração, quais sejam: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; e III - a recuperação total ou parcial do produto do crime (art. 13 da lei). Assim, a legislação evoluiu; e afastou-se do subjetivismo de previsões anteriores, que, erroneamente, equiparavam formas de colaboração aos próprios fins do instituto, como o dismantelamento de grupos criminosos e a obtenção de valores extraviados.

Portanto, a colaboração premiada era prevista legalmente de forma pulverizada. Por essa razão, a sua aplicação prática era restrita, limitada a uma determinada lei. Por exemplo, uma colaboração prestada quanto ao delito de lavagem de dinheiro não alcançaria outros crimes praticados pelo colaborador.

Além disso, o instituto era tratado tão somente como benefício. Isso porque a legislação limitava-se a dispor sobre causas de diminuição de pena e cumprimento da reprimenda em regimes diferenciados. Tais prêmios deveriam ser aplicados pelo juiz quando da sentença. Nessa sistemática, a colaboração só se perfectibilizava nesse derradeiro ato processual.

Dessa forma, uma vez que a colaboração estava inserida de forma simples no processo penal tradicional, esta não conflitava com o ordenamento jurídico. De igual modo, não havia previsão da formalização de um acordo, o que dirimia a segurança jurídica da concessão do benefício.

Portanto, a colaboração premiada tinha aplicação limitada, pois (i) o rol de benefícios legalmente previstos era limitado, de forma que havia pouca margem para negociação; (ii) quando concedidos, tais prêmios costumavam se limitar a uma determinada espécie de crime, não alcançando outras ofensas cometidas pelo colaborador; e (iii) não havia previsão de formalização do acordo, o que exacerbava a discricionariedade da concessão de benefícios, que poderiam simplesmente não ser aplicados pelo magistrado na sentença.

Tal configuração viria a mudar radicalmente com o advento da Lei nº 12.850/2013, como se exporá a seguir.

1.2 A colaboração premiada nos moldes da Lei 12.850/2013

1.2.1 Aspectos gerais

Após mais de uma década sem inovações legais quanto ao instituto, adveio a Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas). Esse diploma representa novo paradigma para a colaboração premiada, que passou a ser disciplinada de forma mais completa, possibilitando sua aplicação prática em contexto mais abrangente.

Assim, ainda que não se tenham preenchido todas as lacunas e elucidado todos os questionamentos quanto ao instituto, essa lei possibilitou segurança jurídica mínima, a qual é fundamental para a celebração desse tipo de acordo.

Nesse sentido, Bottini constata que:

(...) Prevista em leis esparsas, não existiam regras claras sobre o procedimento da colaboração, os agentes participantes, limites e outros aspectos importantes. A ausência de normas precisas e a falta de experiência dos agentes públicos levaram à nulidade muitas investigações fundadas em colaborações premiadas. A insegurança jurídica tornava arriscado o uso do instrumento de investigação. A Lei 12.850/13 organizou e regulamentou de forma mais segura o instituto. Fixou normas sobre benefícios, prazos, intervenientes, sigilo e outros aspectos, conferindo contornos tangíveis à colaboração. Alicerçada sob solo mais *firme*, seu uso tornou-se mais frequente.¹²

Ademais, a colaboração premiada ganhou maior relevância pois foi inserida num contexto macro processual de combate ao crime organizado. Nesse sentido, a lei preocupou-se em conceituar o que são organizações criminosas, conforme se depreende do exposto no art. 1º, § 1º, dessa norma:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.¹³

Dessa forma, a Lei 12.850/2013 diferenciou as organizações criminosas (entes que apresentam estrutura complexa e estão voltados para a prática de delitos especialmente graves) das associações criminosas (grupos informais, sem divisão de tarefas). Essa capitulação

¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pp. 185-186

¹³ Cabe ressaltar que este conceito já havia sido introduzido *ipsis literis* pela Lei nº 12.694/2012. Contudo, naquela oportunidade, não se tipificou a participação em organização criminosa como delito autônomo, de sorte que aquela previsão ficou adstrita aos fins específicos do diploma de 2012, que trata do processo e do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas

específica das organizações criminosas no plano jurídico-legal é fundamental no campo prático, pois tais grupos demandam do Estado-acusador, para a repressão criminal, o uso de sofisticados meios de prova, tal qual a colaboração premiada.

Assim, solucionou-se uma deficiência da legislação, a qual tratava organização criminosa de forma confusa e dúbia, conforme aponta Fernando Capez:

A Lei n. 9.034/95, em seu texto original, regulava apenas os meios de prova e procedimentos investigatórios que versassem sobre quadrilha ou bando, sem mencionar organizações criminosas. Existia, portanto, um descompasso entre o enunciado, que colocava como objeto da regulamentação legal as organizações criminosas, e a redação restritiva do art. 1º, que falava apenas em crime praticado por quadrilha ou bando. Ficava a dúvida: afinal de contas, a lei se refere à quadrilha ou ao bando, conforme seu art. 1º, ou às organizações criminosas, mencionadas no enunciado?"¹⁴

A mesma lei cuidou de expandir o rol de possíveis resultados da colaboração. Nesse ponto, foi prevista, como nova hipótese, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. Para o Estado, a ciência dessa conjuntura facilita que se investiguem, processem e julguem os diversos partícipes da empreitada delitiva. Especialmente quando do inquérito, o conhecimento da estrutura hierárquica é fundamental, pois possibilita-se que a investigação se concentre, em diferentes momentos, em cada núcleo da organização criminosa, desmantelando-a gradativamente.

Assim sendo, percebe-se que, em linhas gerais, a Lei 12.850/2013 estabeleceu uma associação entre (i) colaboração premiada e (ii) organizações criminosas. Esse vínculo torna-se mais evidente quando se analisa o instituto no seu aspecto de meio de obtenção de prova.

1.2.2 A colaboração premiada como meio de obtenção de prova

Em contrataste com quase todas as leis pretéritas, que partiam da perspectiva de delitos isolados e instituíram figuras típicas estanques, a Lei 12.850/2013 dispôs sobre meios de obtenção de prova com o objetivo de atender a uma necessidade prática, qual seja, o combate à criminalidade organizada, em caráter amplo e global.

É nessa perspectiva que está posta a colaboração premiada, que passa a ser um mecanismo de investigação mais abrangente, não se restringindo à apuração de um determinado

¹⁴ CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pp. 262-263

tipo de delito. Quanto a esse ponto, ressalta-se o exposto na Orientação Conjunta nº 1/2018 do Ministério Público Federal:

O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, os quais são atendidos desde que advenha um ou mais dos resultados previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013 e pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante¹⁵.

Ademais, a legislação, ao estatuir que a colaboração é meio de obtenção de prova, elegeu o instituto como uma das formas de romper a lei do silêncio que vige nas organizações criminosas, desconstituindo-as de dentro para fora, colocando um (ou mais) dos seus membros contra os demais.

No campo conceitual, destaca-se que há diferença entre meios de prova e meios de obtenção de prova, conforme bem explanado por Badaró: “enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.”¹⁶

Assim sendo, a colaboração premiada não pode constituir o único alicerce para uma condenação¹⁷. Em verdade, se utilizada de forma eficiente, é capaz de ser o estopim para uma investigação, possibilitando a obtenção de novas provas que corroboram o relatado pelo colaborador. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que a denúncia não pode se lastrar somente em elementos provenientes de colaboração premiada, sob pena de falta de justa causa, o que implica na rejeição da exordial acusatória.¹⁸

¹⁵ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>> Acesso em 18/06/19

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?** IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 130

¹⁷Art. 4º, § 16º, da Lei 12.850/2013. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. Antes da sanção de tal dispositivo legal, a jurisprudência já se posicionava no mesmo sentido, conforme aponta o Min. Celso de Mello no HC 127.483: “O Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do instituto da colaboração premiada (...), ressaltando, no entanto, bem antes do advento da Lei nº 12.850/2013 (art. 4º, § 16), que nenhuma condenação penal poderá ter por único fundamento as declarações incriminadoras do agente colaborador (HC 94.034/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 213.937/PA, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.): “PROVA – DELAÇÃO – VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se, de um lado, a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro, serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas.” (HC 75.226/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO)”

¹⁸ Voto do ministro Dias Toffoli no Inq 3994: A meu sentir, se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração de ação penal por padecerem, parafraseando Vitorio Grevi, da mesma presunção relativa de falta de fidedignidade” (...) “Se ‘nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas

Também não poderá haver condenação baseada exclusivamente em depoimentos oriundos de várias colaborações, não corroborados por outros tipos de prova, conforme se depreende do voto do min. Celso de Mello, quando do julgamento da Pet 5700:

Registre-se, de outro lado, por necessário, que o Estado não poderá utilizar-se da denominada “corroboração recíproca ou cruzada”, ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores (...) ¹⁹

Portanto, ao definir expressamente que a colaboração premiada é um meio de obtenção de provas e que não cabe condenação baseada unicamente em depoimentos oriundos do acordo, a Lei 12.850/2013 estabeleceu, de forma clara, alicerces do ponto de vista processual, o que possibilitou segurança jurídica para o instituto como técnica de investigação.

1.2.3 Direitos e deveres do colaborador

Os direitos do colaborador tiveram especial disposição na Lei 12.850/2013. Além de fazer jus às medidas de proteção previstas em legislação específica (como as dispostas na Lei de Proteção às Testemunhas), em razão da nova lei o colaborador tem sua imagem especialmente protegida, tanto com relação ao público externo (pois aquele não pode ser fotografado ou filmado por meios de comunicação sem sua autorização²⁰), quanto relativamente aos corréus no processo-crime (porquanto lhe é assegurado participar das audiências sem contato visual com os outros acusados²¹).

Como já exposto, o colaborador ocupa uma posição de vulnerabilidade, de forma que, por vezes, é malvisto tanto pela sociedade (pois tido como criminoso confesso) quanto pelos corréus (porquanto, muitas vezes, estes estão sendo incriminados somente por conta da colaboração, que costuma ser o estopim para investigações). Assim, é importante que se proteja o colaborador perante esses dois setores, inclusive para que se possa incentivar a celebração de novos acordos de colaboração.

declarações do agente colaborador’ (art. 4º, §16 d Lei no 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação” (STF, 2ª Turma, Inq. 3.994, Rel. para Acórdão Min. Dias Toffoli)

¹⁹ Decisão não publicada até a data da conclusão deste trabalho. Disponível no link:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285700%2EPROC%2E%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/hjy6png>> Acesso em 5/6/2019

²⁰ A violação desta proibição é prevista como crime pela própria Lei 12.850/2013: “Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”

²¹ Artigo 5º, inciso IV, da Lei 12.850/2013

Por outro lado, o colaborador tem deveres a cumprir. Primeiramente, em razão da renúncia ao direito ao silêncio, impõe-se a obrigação de dizer a verdade em todas as fases processuais e pré-processuais, de forma que o colaborador é espécie de testemunha. É nesse sentido que se tipificou o delito de falsa colaboração.²² Ademais, as obrigações do colaborador se estendem à busca da verdade processual, pois este deverá prestar depoimento em juízo, caso requerido pelas partes ou por iniciativa do magistrado²³.

Assim sendo, o colaborador tem direitos e deveres a cumprir, impostos pela legislação, mas que podem ser complementados pelo próprio acordo, no caso concreto. O cumprimento das obrigações é essencial para que o colaborador faça jus aos benefícios acordados, os quais podem ser de diversas espécies, como se verá a seguir.

1.2.4 Benefícios previstos na legislação

Em contraste com legislações anteriores, a Lei 12.850/2013 ampliou, mesmo que timidamente, o rol de benefícios²⁴ concedidos ao colaborador, os quais são: (i) redução em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade; (ii) substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos; (iii) perdão judicial; (iv) não oferecimento de denúncia (chamado pela doutrina de imunidade). Em casos de colaboração prestada após a sentença, ainda são possíveis (v) redução da pena privativa de liberdade em até ½ e (vi) progressão de regime.

Logicamente, tais sanções premiaias não podem ser acordadas de forma indiscriminada, sob pena de desvirtuamento do sistema penal. Em razão disso, a legislação prevê que “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.”²⁵

Assim, repetiram-se, em parte, os elementos previstos no art. 59 do Código Penal, que consistem nas circunstâncias judiciais, as quais incidem na primeira fase da dosimetria da pena. Nesse ponto, compete destacar que parte da doutrina critica algumas dessas

²² Conforme previsto na Lei 12.850/2013: “Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

²³ Art. 4º, inciso II, § 12º, da Lei 12.850/2013: “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.”

²⁴ O vocábulo “benefício” é utilizado pela Lei 12.850/2013. A doutrina, por sua vez, também utiliza as expressões “prêmio” e “sanção premial”, as quais parecem ser inclusive mais apropriadas, por se adequarem melhor à natureza sinalagmática do acordo de colaboração premiada. Contudo não havendo impedimento conceitual para tanto, neste trabalho todas essas expressões serão utilizadas como sinônimas.

²⁵ Art. 4º, § 1º, da Lei 12.850/2013

circunstâncias, como a personalidade do agente, que seria dotada de excessivo subjetivismo, ensejando um julgamento arbitrário, o que poderia ocorrer de forma semelhante quanto ao juízo do acusador para propor benefícios nos autos de uma colaboração premiada.

Igualmente, nota-se que há uma ordem gradativa de benefícios, segundo a qual a imunidade é a benesse mais favorável para o colaborador. Isso porque este sequer irá responder a um processo-crime, nem dependerá da sentença para a concessão da vantagem acordada. Ademais, apesar de esse benefício se aproximar de um arquivamento, há quem assevere que se trata de figuras distintas:

(...) o arquivamento é a antítese da promoção da ação penal, pois é a própria inação penal, isto é, a ausência de movimento apto a deflagrar o jus puniendi. Ademais, como o arquivamento não gera o início de uma ação penal, a formação de um processo penal e o exercício de uma atividade jurisdicional, elementos imprescindíveis à imposição de sanções penais, não existe, no nosso ordenamento jurídico, o arquivamento qualificado, isto é, sujeito ao cumprimento de determinadas condições restritivas.²⁶

Com efeito, a imunidade penal gera diversas discussões doutrinárias, sendo o benefício legal que mais desafia o ordenamento jurídico. Isso porque a renúncia ao múnus da acusação, especialmente quanto a um réu confesso (colaborador), mitiga um princípio muito caro ao direito processual penal, qual seja, da obrigatoriedade da denúncia.²⁷

Assim, em razão de sua magnitude, essa benesse somente pode ser concedida em casos excepcionais, exigindo-se, simultaneamente, que o colaborador (i) não seja o líder da organização criminosa e (ii) seja o primeiro a prestar efetiva colaboração²⁸. Daí decorrem novas problemáticas.

Primeiramente, a identificação do líder da organização criminosa não é tarefa trivial. Como visto, nesses grupos vigora a *omertà*, que impõe a lei do silêncio para todos os membros da organização, dificultando a obtenção de informações pelas autoridades públicas. Além disso, é no mínimo improvável que o líder da organização criminosa se identificasse como tal perante as autoridades, pois isso impediria que a imunidade lhe fosse concedida. Por fim, o próprio conceito de líder é dúbio, uma vez que, em grupos mais complexos, há diversos **núcleos de atuação**, o que dificulta a configuração clara de uma liderança, a qual fica fragmentada entre diversos sujeitos.

²⁶ DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. **Os benefícios legais da colaboração premiada**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1 pp. 107-144, 2018. Pp. 120-121

²⁷ Essa problemática será desenvolvida no capítulo 2.2, que trata das mitigações do processo penal tradicional

²⁸ Art.4º, § 4º, da Lei 12.850/2013

Com relação ao outro requisito necessário para a obtenção da imunidade, a redação legal adentrou a subjetividade ao incluir a expressão “efetiva colaboração”. Isso porque, em outros dispositivos, a legislação utiliza o vocábulo “eficácia”. Assim, não está claro se ambas as expressões foram empregadas como sinônimas ou se estas se referem a diferentes qualidades da colaboração premiada.

Portanto, a concessão deste benefício impõe às autoridades ministerial e judicial diversos cuidados, a fim de que a colaboração premiada não seja utilizada de forma indevida, não se transformando em instrumento de impunidade.

O perdão judicial, por sua vez, é outro benefício que desafia o processo penal tradicional. Entende-se, tradicionalmente, que a extinção de punibilidade por meio do perdão judicial é de competência do juiz. Nessa lógica, como poderia a acusação, quando da proposta do acordo, transigir sobre uma decisão da alçada do magistrado? Haveria nítida invasão de competência.

Ainda, há divergência acerca da natureza da decisão que concede o perdão judicial. Isso porque, caso seja de natureza discricionária, constituindo uma faculdade do juiz²⁹, poder-se-ia criar insegurança quanto ao próprio acordo de colaboração premiada. Nesse âmbito, Damásio de Jesus se opõe à discricionariedade desta decisão:

Trata-se de um direito penal público subjetivo de liberdade. Não é um favor concedido pelo juiz. É um direito do réu. Se presentes as circunstâncias exigidas pelo tipo, o juiz não pode, segundo seu puro arbítrio, deixar de aplicá-lo. A expressão “pode” empregada pelo CP nos dispositivos que disciplinam o perdão judicial, de acordo com a moderna doutrina penal, perdeu a natureza de simples faculdade judicial, no sentido de o juiz poder, sem fundamentação, aplicar ou não o privilégio.³⁰

Dessa forma, a incerta natureza dessa decisão gera dúvidas quanto à aplicação do benefício em acordo. Possibilita-se que um juiz não conceda a benesse, em razão de considerar que não está vinculado a tal.

Quanto à redução da pena, a lei previu um *quantum* máximo, qual seja, de 2/3 (ou metade, em caso de acordo firmado após a sentença). Contudo, ao não estatuir um patamar mínimo para a redutora, adentrou-se mais uma vez o subjetivismo. Assim, possibilita-se a aplicação dessa causa de diminuição de pena em patamares ínfimos, o que, em última análise,

²⁹ Nesse sentido, Fernando Capez: “O juiz deve analisar **discricionariamente** se as circunstâncias excepcionais estão ou não presentes. Caso entenda que sim, não pode recusar a aplicação do perdão judicial, pois, nesse caso, o agente terá direito público subjetivo ao benefício.” (2015. p. 602)

³⁰ JESUS, Damásio de. **Direito penal**, volume 1: parte geral. 35. ed. — São Paulo: Saraiva, 2014, p. 734

prejudica a segurança jurídica do instituto, já que o colaborador pode ficar desamparado, mesmo auxiliando de forma efetiva em todo o curso processual.

Feita essa ressalva, esse benefício, assim como a substituição do regime, não suscita grandes dúvidas do ponto de vista prático, eis que previsto anteriormente em diversos outros diplomas legais. Além disso, não há aqui grandes embaraços ao sistema processual penal tradicional, tratando-se de corriqueira redutora de pena.

Ademais, há divergência quanto à possibilidade de concessão cumulativa de benefícios, como aponta Cléber Masson.³¹ Nesse ponto, Cezar Roberto Bitencourt defende que “a legislação é específica em estabelecer alternativas, utilizando a expressão ou, o que significa que não é possível cumular as benesses da redução de pena e substituição, ambas com fundamento na Lei nº 12.850”³². Já Luiz Flávio Gomes é favorável à cumulação, pois, sendo possível a concessão de acordo de imunidade, inexistira “óbice para que haja, por exemplo, uma redução da pena privativa de liberdade até 2/3, substituindo-a por restritiva de direitos.”³³

Por fim, do ponto de vista formal, exige-se que o prêmio acordado esteja previsto expressamente no termo de colaboração, inclusive para que se dê segurança jurídica ao negócio jurídico celebrado.

Portanto, constata-se que o texto legal trata com brevidade a matéria de benefícios possíveis na colaboração premiada. Assim, a legislação não atende à relativa complexidade do tema, tanto do aspecto teórico, quanto do prático. Esse simplório tratamento enseja o questionamento acerca da possibilidade de concessão de benefícios extralegais, questão que é o foco deste trabalho e que será abordada mais adiante.

1.2.5 Procedimento para celebração de acordo de colaboração premiada

No aspecto procedimental da colaboração premiada, a Lei 12.850/2013 também se limitou a diplomar o mínimo, sequer dividindo de forma clara as fases de formulação do acordo.

³¹ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. P. 177

³² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organizações criminosas**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129

³³ GOMES, Luiz Flávio; SILVA; Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação** – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei n. 12.850/2013. Salvador: JusPodivum, 2015 P. 278

Devido a isso, a prática pavimentou os caminhos para os métodos procedimentais, havendo grande variação de caso a caso³⁴.

Nesse contexto, cabe salientar que a fase inicial de um acordo de colaboração premiada consiste em um procedimento administrativo. Ou seja, o Judiciário não intervém no trâmite procedimental, só vindo a atuar quando da homologação do acordo³⁵. Tal disposição é relevante na medida em que preserva a imparcialidade do juiz. Isto porque o magistrado poderia se macular pelos elementos apresentados pelo colaborador no âmbito das negociações fracassadas.³⁶

Dessa forma, a negociação será composta por, de um lado, o colaborador, sempre assistido por seu advogado, e, do outro, uma autoridade pública, que poderá ser tanto a ministerial quanto a policial. Quanto à legitimidade desta última, levantou-se uma série de questões, especialmente porquanto se possibilitaria que a polícia transigisse sobre a ação penal, cuja competência é do Ministério Público. Da mesma forma, a autoridade policial não tem capacidade postulatória durante o processo-crime, não podendo, a princípio, requerer a concessão do benefício antes da prolação da sentença.³⁷ Assim, a polícia não poderia garantir, tanto frente ao Ministério Público, quanto frente ao Judiciário, o cumprimento das cláusulas pactuadas com o colaborador.

De toda sorte, fato é que a legitimidade da autoridade policial para celebração de acordo de colaboração premiada foi prevista na Lei 12.850/2013, a qual, nesse ponto, teve a constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 5508, proposta pela Procuradoria-Geral da República.³⁸ Portanto, o procedimento

³⁴ Visando homogeneizar esta matéria, as 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal editaram a Orientação Conjunta nº 1/2018, a qual regulamenta de forma mais aprofundada o procedimento da colaboração premiada. Apesar de diminuir a discrepância entre procedimentos dentro do Ministério Público Federal, esta Orientação não vincula os órgãos estaduais do *parquet*, nem a polícia, que também possuem capacidade de celebrar acordo de colaboração premiada.

³⁵ Art. 4º, § 6º, da LOC: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá 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.”

³⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**. 4ª Ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

³⁷ Nesse sentido, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 854-855.

³⁸ Acórdão não publicado até 18/6/2019. A título de complementação, transcreve-se trecho voto do relator, ministro Marco Aurélio, o qual foi acompanhado pela maioria: “Em nenhum ponto o ato normativo em jogo afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada, ainda que ocorrido entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, não se podendo cogitar da afronta à titularidade da ação penal. Ao contrário, a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada desburocratiza o instituto, sem importar ofensa a regras atinentes ao Estado Democrático de Direito, uma vez submetido o acordo à

administrativo do acordo poderá correr tanto no Ministério Público, quanto na polícia, e deverá permanecer sob sigilo até o eventual recebimento de denúncia contra os delatados³⁹.

Definidas as partes envolvidas na fase de negociação, cumpre salientar que essa etapa é caracterizada por extrema informalidade legal, havendo praticamente um vácuo legislativo. A título de exemplo, não há disposição acerca de quais materiais devem ser entregues à autoridade pelo colaborador. Também não se determinou em qual momento das tratativas isto deve ser feito.

Passo seguinte, finalizadas as negociações, a proposta deve ser registrada em termo, a fim de se assegurar o pacto firmado⁴⁰. Contudo, o negócio jurídico será válido somente quando for homologado por um juiz, que exerce, no caso, jurisdição voluntária, uma vez que não há lide. Nesse momento, cabe ao magistrado verificar a legalidade e a regularidade do acordo, bem como a voluntariedade do colaborador, que não pode ser coagido a pactuar a avença, sob pena de nulidade.

Após a homologação, a próxima etapa diferirá conforme o benefício concedido. Se houver pactuação de perdão judicial, substituição da reprimenda por restritiva de direitos ou diminuição de pena, a eficácia da colaboração será analisada pelo juiz, quando da sentença. Aqui, surge ponto de profunda controvérsia, uma vez que se questiona a profundidade do escopo decisório do magistrado sentenciante. Teria este competência para negar vigência ao acordo, recusando-se a aplicar o prêmio quando da sentença? Do mesmo modo, após a prolação da sentença, poderia o magistrado negar a concessão do benefício na execução?

O Supremo Tribunal Federal se deparou com essas questões no julgamento da Questão de Ordem na Pet 7074⁴¹. Para uma corrente, representada pelo ministro Lewandowski, nesse momento de análise da eficácia do acordo, o magistrado teria juízo cognitivo amplo, não

apreciação do Ministério Público e à homologação pelo Judiciário.” Página 20 do voto, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382031>

³⁹ Art. 7º, § 3º, da LOC: “O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º”.

⁴⁰ Art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013: “Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.”

⁴¹ Cabe ressaltar que, nesse julgamento, o STF analisou a sistemática procedimental da colaboração premiada em âmbito de um órgão colegiado, como a própria Suprema Corte. Nessa ótica, a homologação seria de competência monocrática de um ministro, enquanto a sentença fica a cargo de um órgão colegiado, podendo ser tanto uma turma quanto o plenário. Nesse sentido: HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno do STF, DJe-012 de 04.02.2016

se vinculando à decisão de homologação do acordo e, portanto, tendo competência para não conceder o benefício pactuado.

Para outra corrente, uma vez homologado, o acordo já é válido e, portanto, não cabe ao magistrado sentenciante negar vigência à avença. É este o entendimento do ministro Celso de Mello, para quem:

Há, portanto, nesse contexto, uma vez adimplidas as obrigações assumidas pelo agente colaborador, verdadeira vinculação do órgão colegiado sentenciante aos benefícios de ordem premial pactuados e que foram objeto de regular homologação, sob pena de o Estado descumprir imposição de caráter ético-jurídico fundada no postulado da segurança jurídica e no princípio da confiança, tal como proclamou, em expressivo acórdão, o Plenário desta Corte Suprema no julgamento do HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, que só não contou com a participação do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI pelo fato de Sua Excelência haver sido apontado como autoridade coatora.⁴²

Ao final, após muitas divergências, fixou-se entendimento no sentido de afirmar i) a atribuição do Relator para, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se limita ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença; e ii) a competência colegiada do Supremo Tribunal Federal, em decisão final de mérito, para avaliar o cumprimento dos termos bem como a eficácia do acordo.

Portanto, em resumo, há dois momentos decisórios referentes à colaboração premiada: um em que se homologa o **acordo**, conforme os critérios estabelecidos em lei, e outro no qual se avalia a eficácia da **colaboração**, a fim de conceder, na sentença, o benefício pactuado.

Essa sistemática, contudo, padece de pontos obscuros, principalmente quanto a acordos que preveem a imunidade processual. Ora, uma vez que não será oferecida ação penal, não haverá, em consequência, processo. Assim, subtrai-se do magistrado a capacidade de analisar, em sentença, a eficácia da colaboração. Nesse sentido, ao citar o acordo de colaboração firmado entre o Ministério Público Federal e os irmãos Batista, o ministro Gilmar Mendes apontou que:

(...) Pois bem, essa organização criminosa já foi delatada diversas vezes. O próprio núcleo político já fora delatado em várias oportunidades anteriores. Ou seja, é perfeitamente defensável que Joesley e Wesley são, em tese – ou poderiam ser –, líderes da organização criminosa e não foram os primeiros colaboradores. Nenhum dos requisitos legais, portanto, estaria claramente atendido, com todas as vênias do Ministro Edson Fachin.

⁴² BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO 7074. PET 7074 QO/DF, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2018 PUBLIC 03-05-2018. P. 38 do inteiro teor do acórdão

De resto, essa é uma avaliação de legalidade, a qual não cabe relegar para momento futuro. Pior, e isso é grave, neste caso, em que não haverá nem sequer denúncia – e essa é a aporia que precisa ser resolvida –, nem sequer existirá momento jurisdicional posterior para a verificação da eficácia do acordo. Essa é a pergunta a que se deve responder.⁴³

Tendo em vista o quanto exposto pelo ministro, percebe-se que, na experiência prática, surgem diversos questionamentos quanto aos limites do instituto, o que se deve à modesta normatização legal da colaboração premiada. Nesse cenário de precariedade da lei, é necessária a elaboração normativa por parte do Ministério Público e do Judiciário.

Contudo, como esses órgãos costumam atuar em casos concretos – i. e., em um acordo de colaboração específico -, raramente expedindo comandos de caráter geral e abstrato, pode-se comprometer, em alguma medida, a igualdade de tratamento dos colaboradores, principalmente quanto a procedimentos para celebração da colaboração e quanto aos benefícios ofertados.

Por fim, quanto à possibilidade de rescisão de acordo, também há insegurança jurídica. Nesse ponto, a lei é omissa, já que inexistente sequer um rol de causas aptas a ensejar uma rescisão. Assim, mais uma vez a questão é resolvida conforme o caso concreto. Nesse âmbito, é paradigma a colaboração premiada de executivos da JBS, na qual foi requerida a rescisão do acordo pela Procuradoria-Geral da República. No caso, a decisão final de mérito acerca do pedido ministerial só será proferida após a conclusão da instrução processual, oportunizando-se, assim, o contraditório.⁴⁴ Nesses moldes, é essencial um processo judicial para apuração de eventual rescisão, sendo insuficiente um mero procedimento administrativo conduzido pelo Ministério Público.⁴⁵

Conclui-se, pois, que a colaboração premiada é parcamente normatizada, havendo diversas lacunas em seu tratamento jurídico-legal, principalmente com relação ao aspecto de acordo do instituto, notadamente no procedimento para sua homologação judicial. Em razão disso, tanto na teoria, quanto na experiência prática, têm sido importados elementos do Direito

43 Ibid, Páginas 140-141 do inteiro teor do acórdão.

44 Nos termos da decisão proferida pelo min. Edson Fachin, relator do caso: “Dito isso, é de se determinar o prosseguimento do feito com a determinação às partes para que, no prazo comum de 5 (cinco) dias, especifiquem as provas que pretendem produzir, indicando, no caso das testemunhas, qualificação e endereços atualizados. Isso levado a efeito e concluda (sic) a instrução, após razões finais das partes, indicarei à pauta para julgamento pelo Tribunal Pleno.” STF, Pet 7003, Relator: Min. EDSON FACHIN, julgado em 27/06/2018, publicado em DJe-153 Divulg 31/07/2018 Public 01/08/2018

45 CALLEGARI, André Luís. LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. P. 151

Civil, a fim de que se criem parâmetros mínimos para regular essa etapa procedimental, como se passará a expor a seguir.

2. CAPÍTULO 2 – A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Com os novos parâmetros instituídos pela Lei 12.850/2013, a colaboração premiada passou a ser formalizada por meio de um **acordo**, celebrado entre o colaborador e o Ministério Público – ou com a autoridade policial, com o aval ministerial.

Nesse sentido, as partes adotam uma postura de negociação, a qual, no sistema processual penal brasileiro, não é tradicional. Com efeito, o ordenamento privilegia a litigância, como se extrai dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, que obstam transação ou desistência em processo-crime.

Assim, atualmente há um grande debate acerca do impacto dessa nova prática negocial no direito processual penal, notadamente com relação a se a colaboração premiada, nos moldes da Lei 12.850/2013, instituiu no direito brasileiro um novo tipo de justiça penal, que consistiria num inédito paradigma.

Nesse âmbito, uma primeira corrente, mais moderada, não obstante reconheça que a colaboração premiada institui novidades no ordenamento, perfilha entendimento de que não foi instituído um modelo de justiça penal paralelo ao tradicional. Nesse sentido, Alexandre Wunderlich, para quem “a colaboração premiada ainda é um instituto jurídico novo inserido num modelo velho de processo penal autoritário e cheio de defeitos.”⁴⁶. De todo modo, o autor reconhece que “a aplicação da colaboração premiada enseja problemas tanto teóricos quanto práticos”.⁴⁷

De outro lado, uma segunda corrente defende que o impacto da colaboração premiada no ordenamento jurídico é tão significativo, bem como o instituto é tão díspar em relação ao processo penal tradicional, que foi inaugurada uma verdadeira justiça penal consensual. Gustavo Badaró reconhece um novo modelo, adotando uma visão crítica quanto a este:

A colaboração processual não é apenas mais um meio de obtenção de prova que se insere no arsenal e nas técnicas modernas de investigação da criminalidade organizada. Tal que vem sendo praticada entre nós, a colaboração premiada significa

⁴⁶ WUNDERLICH, Alexandre. **Colaboração premiada**: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 21

⁴⁷ Ibid. P. 23

um novo modelo de Justiça Penal, que funciona a partir de funções não epistêmicas, e sem preocupação de legitimar o exercício do poder de punir estatal.⁴⁸

Por sua vez, Andrey Borges de Mendonça, perfilhando uma visão mais pragmática em relação ao instituto, defende que o sistema processual deve basear-se num “devido processo consensual”:

A negociação no processo penal é uma tendência nacional e internacional, sendo que a colaboração premiada se insere nesse contexto. Há grande resistência no âmbito do processo penal nacional em aceitar qualquer espaço de consenso, seja em razão dos interesses indisponíveis envolvidos, seja pelo sempre presente risco de abusos, potencializado, no contexto brasileiro, pelo histórico de torturas, reforçado durante a recente ditadura militar e, infelizmente, ainda bastante frequente na atualidade. As resistências ao espaço de consenso no Brasil embora devam ser consideradas, não impedem que exista um modelo de justiça consensual no processo penal, desde com garantias eficientes;⁴⁹

Por conta do caráter abrangente desse debate, está longe de se chegar a um consenso quanto ao ponto. Com efeito, o instituto é relativamente novo, de forma que ainda é cedo para estimar seu impacto no ordenamento jurídico. Não há, no presente momento, o distanciamento temporal necessário para avaliar o fenômeno. Igualmente, a criação de novos paradigmas no âmbito das ciências humanas, tal qual o é o Direito, não é perceptível de forma clara.

Assim, ainda que haja divergências acerca da instituição de um novo tipo de justiça criminal, parte-se da mesma premissa: a colaboração premiada possui uma natureza jurídica peculiar. Essa natureza desafia fundamentos e princípios tradicionais ao processo penal, provocando, no campo da teoria, diversas reflexões e, na seara da prática, muitas flexibilizações e adaptações do processo penal tradicional. Dessa forma, é possível uma análise ontológica do instituto. São sob esses alicerces que se desenvolverá este capítulo.

Nesse contexto, a seguir serão levantadas algumas das questões relativas à colaboração premiada como negócio jurídico processual. Primeiramente, será explanada a natureza jurídica da colaboração premiada e as consequências atinentes a essa capitulação jurídica. Em seguida, serão expostas algumas das mitigações do processo penal tradicional provocadas pelo instituto. Por fim, serão elencados alguns dos princípios regentes da colaboração premiada, os quais, como se verá, aproximam-se mais do direito contratual do que do processual penal.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?** IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 146

⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada.** IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 102

2.1 A natureza jurídica da colaboração premiada

Como exposto, processualmente, a colaboração premiada é um meio de obtenção de provas. Contudo, a natureza do instituto consiste muito além de uma mera técnica de investigação. Com efeito, celebra-se um acordo entre as autoridades públicas legitimadas (Ministério Público e autoridade policial) e o colaborador, antes que se produza qualquer impacto investigativo.

Nesse contexto, extrai-se a natureza jurídica da colaboração premiada, que é a de um **negócio jurídico processual**, conforme restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483/PR⁵⁰:

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.⁵¹

Em razão dessa natureza jurídica, decorrem certos efeitos. Primeiramente, o acordo de colaboração não poderá ser impugnado por terceiros delatados. Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal entende que aos delatados falta interesse jurídico para se insurgir contra o acordo⁵², devido aos motivos elencados pelo ministro Dias Toffoli:

Assim, a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas - o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração⁵³.

Cabe ressaltar que esse entendimento do Supremo Tribunal Federal implica que a colaboração premiada está, nesse ponto, em um plano diferente em relação aos demais negócios jurídicos. Isso porque estes podem ser impugnados por terceiros, uma vez que o Código Civil

⁵⁰ Contudo, há quem defenda a natureza mista da colaboração premiada, como apontam Cleber Masson e Vinícius Marçal (2017, p. 128): “também é correto enxergar a colaboração premiada como espécie do gênero ‘técnica especial de investigação’ e, de outra banda, como ‘meio de defesa’. Aliás, nesse particular, ao prefaciá-lo este livro, o professor Afrânio Silva Jardim bem asseverou que, sendo a colaboração premiada uma medida facultativa, “é mais um instrumento de que se pode valer a defesa de um indiciado ou acusado”.

⁵¹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HABEAS CORPUS. HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 4.2.2016.

⁵² “Não bastasse isso, as cláusulas do acordo de colaboração, contra as quais se insurge o agravante, não repercutem, nem sequer remotamente, em sua esfera jurídica, razão por que não tem interesse jurídico nem legitimidade para impugná-las.” Página 2 do inteiro teor do acórdão da Rcl 21258 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 19-04-2016 PUBLIC 20-04-2016

⁵³ Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 154

estatui que a liberdade de contratar está limitada pela função social do contrato⁵⁴. Assim, poder-se-ia entender que esse tratamento do Direito Civil também deveria ser concedido à colaboração premiada, pois esta também é um negócio jurídico. De toda sorte, a questão não é mais pacífica no Supremo Tribunal Federal, sendo possível que seja revista.⁵⁵

Feita essa ressalva, o posicionamento atual é de que cabe àquele que for delatado, ao exercer sua defesa no âmbito do processo-crime, insurgir-se contra as **declarações** do colaborador (que poderá ser ouvido a requerimento da defesa técnica), não contra o **acordo** celebrado. Assim, garante-se simultaneamente o exercício do contraditório e a segurança jurídica da colaboração premiada, compatibilizando o direito de defesa com o meio de obtenção de provas.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal consignou que “a personalidade do colaborador ou eventual descumprimento de anterior acordo de colaboração não invalidariam o acordo atual.”⁵⁶ Tal entendimento está em consonância com a realidade fática, uma vez que é perfeitamente possível que um colaborador omita fatos relativos a uma determinada linha de investigação, mas tenha cumprido totalmente seus deveres com relação a outra frente de apuração criminal. Assim, determina-se que cada avença subsista independentemente das demais. Isso reforça a segurança jurídica do instituto, uma vez que as colaborações não podem ser rescindidas “em atacado”.

Ainda quanto à colaboração no seu aspecto de negócio jurídico, questão em aberto refere-se à necessidade de formalização do acordo. Como já visto, no atual regime jurídico, é determinado que a avença seja reduzida a termo. Contudo, em leis anteriores, o instituto era tratado tão somente como um benefício, semelhante a uma mera confissão, de forma que não eram previstas legalmente quaisquer formalidades para o reconhecimento da colaboração. Marcelo Costenaro Cavali assim explana a questão:

Em todos os diplomas legislativos mencionados anteriormente – ao menos até o advento da Lei 12.850/2013 -, a colaboração sempre foi tratada como um meio de obtenção de prova propiciado pelo colaborador em troca de um benefício de caráter processual ou material. Não havia previsão de nenhum acordo a ser firmado pelas

⁵⁴Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 881, de 2019).

⁵⁵ A questão será reavaliada pela Segunda Turma do STF, quando do julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* nº 143427 e 142205, ambos de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que já encaminhou voto no sentido da concessão das ordens, argumentando que é juridicamente possível a impugnação de acordo de colaboração premiada por terceiros. Até a conclusão deste trabalho, em 18/06/2019, o julgamento não fora finalizado. Fonte: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411732>. Acesso em 18/06/2019.

⁵⁶ Op cit, HC 127.483/PR

partes e homologado pelo juiz: se prestada a colaboração, caberia ao juiz aplicar os benefícios por ocasião da prolação da sentença.⁵⁷

Assim, questiona-se se seria juridicamente válido um acordo que não foi formalizado por meio de termo. Com efeito, a jurisprudência ainda não se pronunciou de forma definitiva, havendo apenas julgados residuais. Dessa forma, o ministro Teori Zavascki perfilhou entendimento no sentido de que o instituto da colaboração premiada já tinha sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal desde antes do advento da Lei 12.850/2013, na qual passou a ser exigida como condição de validade a homologação pelo magistrado.⁵⁸ Como consequência, colaborações que não eram consignadas em termo eram consideradas válidas.

No mesmo sentido, o ministro Dias Toffoli, apesar de não ter confirmado a validade de acordos não formalizados, ressaltou a validade de dispositivos legais pretéritos:

Tanto isso é verdade que o direito do imputado colaborador às sanções premiaias decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e no art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente.⁵⁹

Assim, essa questão ainda está pendente de resolução por parte do Judiciário. Contudo, parece desproporcional negar qualquer tipo de benefício ao acusado que colaborou com a Justiça, tendo em vista as diretrizes da Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil, que recomenda, em seu art. 26, que “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.” Como se percebe, não se prevê a formalização de um acordo para que o colaborador faça jus a uma benesse estatal.

Assentada a premissa de que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, a seguir serão expostas e desenvolvidas algumas das implicações desta natureza jurídica, uma vez que o instituto está inserido num contexto que é, simultaneamente, negocial e penal.

⁵⁷ CAVALI, Marcelo Costenaro. **Duas faces da colaboração premiada**: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 260

⁵⁸ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PETIÇÃO, Pet 6049, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 14/04/2016, publicado em DJe-077 DIVULG 20/04/2016 PUBLIC 22/04/2016

⁵⁹ HC 127483 - Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 154

2.2 Mitigações do sistema penal e processual penal tradicional

Por ser um negócio jurídico inserido no âmbito do processo penal, a colaboração premiada possui características peculiares, que, por vezes, se contrapõem a alguns dos fundamentos ínsitos ao sistema penal.

Primeiramente, tem-se que a obrigatoriedade do oferecimento de denúncia, princípio ínsito ao processo penal tradicional, não vigora quanto à colaboração premiada. Isso ocorre por expressa disposição legal, uma vez que é previsto o benefício da imunidade penal. Nesse sentido, segundo Marques⁶⁰, o princípio da obrigatoriedade poderia ser flexibilizado em determinadas situações, de forma que vigeria de fato, no Brasil, o princípio da oportunidade regrada. Dessa forma:

(...) É perfeitamente possível que o legislador infraconstitucional estabeleça situações em que o Ministério Público fique desobrigado do ingresso da ação penal. Isso já ocorreu no Brasil, com a edição da Lei nº 9.099/95, que introduziu meios negociais, a exemplo da transação penal e da composição civil. Nessa mesma linha de raciocínio, existem diversas leis que permitem o Ministério Público negociar a aplicação da pena e outros benefícios para os colaboradores da justiça.⁶¹

Assim, na visão do autor, a colaboração premiada seria perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, que não previu o princípio da obrigatoriedade de forma expressa.

Ademais, essa flexibilização do exercício da ação penal é adequada a um dos fins do instituto, qual seja, a obtenção de provas, na medida em que a colaboração premiada possibilita a ruptura da organização criminosa de dentro para fora, fragmentando as relações entre os membros do grupo criminoso.

Há ainda outros pontos de mitigação de fundamentos tradicionais. Isso ocorre quanto à atuação do magistrado, que é significativamente distinta na colaboração premiada em relação ao processo penal comum. Como já explanado, as negociações referentes à colaboração premiada são restritas às partes, não cabendo ao juiz intervir nessa fase. Portanto, ao magistrado cabe proferir decisões quanto à homologação e à eficácia do acordo, exercendo, no caso, jurisdição voluntária.

⁶⁰ MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. **A colaboração premiada**: um braço da justiça penal negociada. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=106451>. Acesso em: 17 mai. 2019. P. 50

⁶¹ Ibid, p. 50

Ora, esse tipo de atuação **pontual** do magistrado se contrapõe, em certa medida, ao que está consolidado no ordenamento vigente. Isso porque o Código de Processo Penal, muitas vezes criticado por infringir o sistema acusatório, permite ao magistrado uma participação ativa no processo-crime, como no caso de o juiz discordar da proposta ministerial de arquivamento de inquérito.⁶²

De outro lado, a disposição da Lei 12.850/2013 “encerra norma que francamente homenageia o sistema processual acusatório, sobretudo na vertente do *nullum iudicium sine accusatione* (...), que expressa a separação das funções de julgamento e acusação”⁶³, não possibilitando, portanto, que o magistrado tenha uma atuação expansiva.

De todo modo, a amplitude da atuação judicial no âmbito da colaboração premiada ainda é tema que suscita divergências, especialmente no âmbito da jurisprudência. Decerto, o papel do juiz ainda não está definido, havendo quem defenda que o magistrado é somente um juízo de garantias e, por outro lado, quem reclame por uma atuação judicial mais incisiva.⁶⁴

Ademais, uma das disposições da Lei 12.850/2013 que foi alvo de críticas, por ferir fundamentos ínsitos ao sistema processual penal, consiste na renúncia ao direito ao silêncio por parte do colaborador. Com efeito, trata-se da total inversão desse direito, uma vez que ao colaborador é incumbido o dever de dizer a verdade, sem fazer qualquer reserva mental, sob pena de responder pelo crime de falsa colaboração.

No âmbito normativo, a questão é ainda mais sensível do que em outras flexibilizações introduzidas pela colaboração premiada, tendo em vista que o direito ao silêncio é uma garantia constitucionalmente assegurada⁶⁵, ferramenta de defesa fundamental para o exercício da ampla defesa. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva, que alegam que:

Ninguém é obrigado a se autoincriminar. O silêncio, amparado no princípio da não-autoincriminação, jamais pode ensejar qualquer tipo de responsabilidade penal. Quem exercita o direito constitucional do silêncio jamais pode ser punido por isso. Quem exerce um direito não pode ser punido. Exercer ou não o direito ao silêncio é algo que

⁶² Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁶³ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. P. 413

⁶⁴ Esta questão é abordada mais profundamente no capítulo 3.1

⁶⁵ Constituição. Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

pertence exclusivamente ao mundo psicológico do colaborador, que é também juiz da eficácia do acordo feito. Ele, mais que ninguém, sabe que quanto menos eficaz o seu acordo, menos prêmios irá receber.⁶⁶

Muito embora no plano normativo sejam dignas as críticas, no plano prático elas não parecem se sustentar. Isso porque essa renúncia é feita visando uma contraprestação, qual seja, a concessão de um benefício premial. Assim, trata-se de uma estratégia defensiva, sendo facultado à defesa técnica escolher entre exercer plenamente o direito ao silêncio ou apresentar a uma autoridade pública proposta de colaboração premiada. É nesse sentido que a lei prevê, igualmente, que o colaborador deverá estar acompanhado por seu defensor durante todos os atos da negociação, confirmação e execução da colaboração. De toda forma, é ontologicamente impossível colaborar (e tampouco negociar) com a Justiça permanecendo em silêncio, mesmo que de forma parcial, pois, nesse caso, estaria se criando reserva mental, a qual é incompatível com a colaboração.

De outro lado, a prática aponta que os tribunais têm caminhado para a compatibilização dessa disposição com o ordenamento jurídico. Nesse sentido, a ministra Cármen Lúcia, ao homologar o acordo firmado entre Fernando Migliaccio e o Ministério Público Federal, entendeu que a cláusula 19, que pactuava a renúncia ao direito ao silêncio, deveria ser interpretada como renúncia ao *exercício* dessa garantia⁶⁷.

Por fim, cabe destacar que, num momento inicial, a colaboração premiada foi muito criticada por, supostamente, incentivar a traição entre os membros da organização criminosa, contrapondo-se ao paradigma no qual cada um dos réus limita-se a exercer a sua defesa, sem invadir a esfera dos demais. Assim, segundo a corrente que se opôs ao instituto, o Estado estaria premiando um comportamento moralmente reprovável. Além disso, no pensamento de Eugenio Raul Zaffaroni:

A impunidade de agentes encobertos e dos chamados “arrepentidos” constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: [...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para ‘fazer justiça, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.⁶⁸

Tal posicionamento de crítica se olvida de considerar vários aspectos ontológicos e teleológicos da colaboração premiada. Primeiramente, do ponto de vista ético, o instituto não

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio; SILVA; Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação** – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei n. 12.850/2013. Salvador: JusPodivum, 2015 P. 333

⁶⁷ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PETIÇÃO, Pet 6533, Rel. Min. Cármen Lúcia

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado**: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, ano 1. V. 1, 1996 P. 45

visa corromper o indivíduo colaborador, mas ofertar-lhe uma possibilidade de regresso à legalidade, por meio da colaboração com a justiça. Nesse âmbito, tem se chamado a colaboração premiada de “ponte de diamante”, assemelhando-a às figuras da desistência voluntária e do arrependimento eficaz (ponte de ouro), bem como do arrependimento posterior (ponte de prata), que igualmente simbolizam, em diferentes medidas, o retorno do sujeito para com a legalidade estatal.⁶⁹

Do mesmo modo, é questionável se há imoralidade na traição de membros de uma organização criminosa. Assim, na visão de Renato Brasileiro de Lima, “falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem próprias leis.”⁷⁰

Já do ponto de vista teleológico, não se pode olvidar da importância da colaboração premiada, que tem se mostrado o principal instrumento de desbaratamento de diversas organizações criminosas, justamente por romper a lei do silêncio – *omertà* – que caracteriza esses grupos.

Ademais, é questionável se a promoção da moralidade está entre as funções do Estado. Nesse sentido, Paulo Queiroz afirma que: “naturalmente que na vigência de um modelo de Estado formalmente secular, como pretende ser o Estado Democrático de Direito, não é possível nem desejável uma concordância absoluta entre preceitos morais e jurídicos – nem jurídico-penais.”⁷¹

Assim sendo, percebe-se que a colaboração premiada provoca diversas mitigações no direito penal e no processo penal tradicionais. Essas flexibilizações ainda não tiveram seu impacto inteiramente apurado pela jurisprudência, mas é certo que os fundamentos clássicos não se aplicam, em alguns aspectos, ao instituto em comento. Portanto, tendo em vista esse panorama, conclui-se que a colaboração premiada é regulada por princípios próprios, os quais serão expostos a seguir.

⁶⁹ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.p. 413

⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª Ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2014 p. 515

⁷¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. P. 62

2.3 Princípios atinentes à colaboração premiada

Em sendo um negócio jurídico processual, mas também um meio de obtenção de prova em processos criminais, a colaboração premiada é regida por um conjunto de princípios que incidem de forma *suis generis*, fenômeno que, em última análise, reflete a natureza peculiar do instituto.

Em outras palavras, a colaboração premiada, em seu aspecto de acordo, recebe influxos do direito dos contratos. Nesse sentido, incidirão princípios como o da lealdade, da autonomia de vontade e da proteção de confiança. Contudo, como a colaboração implica na disponibilidade do direito de defesa – em virtude da renúncia do direito ao silêncio –, esses princípios serão atenuados ou modificados, compatibilizando-os com o instituto.

Essa conjuntura principiológica é ilustrada por Andrey Borges de Mendonça:

Outra característica importante de se tratar de um negócio jurídico processual é que surge mais clara a interdisciplinaridade, incidindo diversas normas do direito contratual em âmbito que antes lhe era completamente estranho (por exemplo, noções de proposta, aceitação, interpretação dos contratos etc.), ainda que com particularidades.⁷²

Dessa forma, haveria um híbrido entre o Direito Civil e o Direito Penal (em sua forma tradicional), mesclando fontes normativas de ambos. Ao incluir a esfera penal, insere-se a perspectiva do acusado no âmbito das ações penais em que responderá. Assim, superar-se-iam os limites de uma mera perspectiva civilista do acordo de colaboração premiada, que não é somente negócio jurídico, mas negócio jurídico processual.

Quanto aos princípios em espécie, Andrey Borges de Mendonça, destaca “a autonomia de vontade - como decorrência do princípio da liberdade-, a eficiência, a boa-fé objetiva e a lealdade”⁷³, os quais estruturariam um modelo de justiça consensual.

Dentre esses princípios, repisa-se que o legislador concedeu especial atenção ao princípio da autonomia de vontade, ao eleger a voluntariedade como um requisito necessário à homologação acordo, que deve ser averiguado pelo juiz. Ora, por óbvio, não há como se falar em “espaço de consenso” ou “justiça penal negociada” caso uma das partes esteja sendo obrigada a pactuar a avença.

⁷² MENDONÇA, Andrey Borges. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 62

⁷³ Ibid, p. 67

Outrossim, percebe-se aqui a primeira compatibilização principiológica, pois a autonomia de vontade não é suficiente para a pactuação de um acordo de colaboração premiada. Isso porque a legislação exige, além da voluntariedade do colaborador, que esse esteja assistido por um advogado, o qual deve acompanhar todos os atos de negociação. Insere-se, assim, um requisito específico para a capacidade da parte. Dessa forma, essa determinação legal reforça o caráter *suis generis* da colaboração premiada, que não é, sob qualquer prisma, um negócio jurídico corriqueiro.

De outro lado, a autonomia de vontade aplica-se à instituição acusadora, que é a outra parte no negócio jurídico. Como exposto anteriormente, o órgão ministerial não está mais obrigado a denunciar, podendo optar por engendrar uma colaboração premiada, se o entender mais eficiente para a investigação criminal. Nesse ponto específico da flexibilização da ação penal, Mendroni, ao analisar o direito italiano, constata que:

Com a possibilidade de aplicação dos princípios mais flexíveis do que os da Legalidade, permite-se ao Ministério Público, em face de cada caso concreto, direcionar as providências legais na medida de sua necessidade e com vistas ao processamento dos criminosos e das organizações mais perigosas e atuantes. Deixa, assim, de utilizar o tempo para casos de menor potencialidade ofensiva e pode utilizar melhor o instituto da colaboração premiada, por exemplo.⁷⁴

Assim, houve, nesse ponto, flexibilização do princípio da legalidade, que não vincularia o Ministério Público à persecução criminal por meio de um processo-crime, tornando mais discricionária a atuação do acusador.

Ademais, do campo do direito dos contratos, extraem-se ainda a segurança jurídica e a proteção da confiança. Quanto a esses, o ministro Dias Toffoli, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 127.483, enfatizou que, caso o colaborador cumpra sua parte do acordo, tais princípios criam um indeclinável dever estatal de concessão dos benefícios acordados.⁷⁵

De modo mais incisivo, no julgamento da Questão de Ordem nº 7.074, o Ministro Celso de Mello assim se posicionou:

O agente colaborador, uma vez cumpridas as obrigações que assumiu no acordo de colaboração premiada, não pode ser prejudicado pela deficiente atuação ou por eventuais ilicitudes cometidas pelos órgãos de persecução penal. Penso que o Plenário desta Suprema Corte bem definiu a posição do agente colaborador, que cumpre as obrigações pactuadas, e o Poder Público, que deverá, em sendo eficaz tal cooperação, tornar efetivos os benefícios de ordem premial, consensualmente ajustados, eis que as relações decorrentes do acordo de colaboração premiada hão de reger-se pelo postulado da segurança jurídica e pelos princípios da confiança e da boa-fé objetiva,

⁷⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 374

⁷⁵ Página 65 do inteiro teor do acórdão

tal como assinalou o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI.⁷⁶

Portanto, o Supremo Tribunal Federal consagrou, no âmbito da colaboração premiada, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Essas garantias implicam que o acordo de colaboração devidamente homologado possui uma proteção jurídica especial, muito em razão da posição vulnerável em que se situa o colaborador, tanto perante a acusação – tendo em vista a abdicação do direito ao silêncio -, quanto perante a sociedade – que vê o colaborador como um criminoso confesso, que, em certos casos, sequer será processado criminalmente.

Nesse sentido, a proposta de rescisão de um acordo de colaboração deve ser devidamente ponderada. Uma rescisão arbitrária corroeria a segurança jurídica do instituto, de forma que potenciais colaboradores poderiam perder o interesse em celebrar novos acordos, pois esses não seriam mais vistos como vantajosos, em razão da sua natureza precária.

Esse cuidado vale, de igual modo, para a recusa de concessão de benefícios acordados, mesmo que esta dependa da eficácia da colaboração. Isso porque, como já visto, o Supremo Tribunal Federal definiu que a avaliação quanto à eficácia do acordo não concede ao magistrado amplo espaço cognitivo para reavaliar os termos acordados entre as partes. Assim, a recusa injustificada de aplicação do benefício em sentença infringiria o princípio da proteção da confiança.

Por sua vez, os princípios da moralidade e da lealdade implicam em semelhantes consequências, no âmbito da proteção ao acordo:

(...) a partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o réu delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade⁷⁷

De outra banda, a proteção da confiança e a lealdade valem também para o colaborador, no sentido de que esse não pode criar reserva mental de fatos que tem

⁷⁶ Páginas 74 e 75 do inteiro teor do acórdão

⁷⁷ BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HABEAS CORPUS, HC nº 99.736/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/5/10.

conhecimento⁷⁸. Ou seja, o colaborador tem a obrigação de honrar o compromisso firmado perante o Estado, fundado no dever de informação às autoridades públicas competentes. A omissão dolosa corresponde à quebra de confiança, podendo ensejar a rescisão do acordo, tal qual a rescisão contratual.

Portanto, de forma conjunta, os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da moralidade e da lealdade impõem ao Estado um dever de cuidado para com o acordo de colaboração premiada – e, conseqüentemente, para com o colaborador -, que deve honrar as obrigações pactuadas, caso a colaboração seja eficaz. O colaborador, por sua vez, não pode dar ensejo à rescisão da avença, devendo agir de forma leal, sem omitir elementos de informação.

Ademais, outro princípio que vige, em certa medida, no campo da colaboração premiada, é o da relatividade dos contratos. Ora, já definiu o Supremo Tribunal Federal que o acordo é negócio jurídico personalíssimo e que, em razão disso, não poderá ser impugnado por terceiros. Assim, apesar de as provas derivadas do acordo gerarem impacto quanto a sujeitos estranhos ao negócio jurídico, o acordo em si só produz efeito entre as partes⁷⁹. No julgamento de um agravo regimental no Inquérito 4405, essa questão foi abordada pelo ministro Luís Roberto Barroso, que assim a expôs:

No caso do acordo de colaboração premiada, inexistente qualquer cláusula que repercuta na esfera jurídica de terceiros. Todas as obrigações acordadas vinculam, tão somente, o Ministério Público e o colaborador. O fato de o colaborador se comprometer a prestar informações sobre prática de crimes por terceiros não significa que exista cláusula contratual que produza efeitos sobre a esfera jurídica de terceiros. Assim, o objeto do acordo de colaboração, celebrado de modo livre e consciente pelo colaborador e pelo Órgão da acusação, não gera qualquer obrigação ou direito a terceiro. Por esta razão, este não tem qualquer legitimidade para impugnar o acordo⁸⁰

⁷⁸ A proibição de reserva mental costuma ser cláusula expressa em acordos de colaboração. No termo de acordo de Joesley Batista, a cláusula 12 dispõe que “para tanto, o COLABORADOR obrigar-se-á, sem malícia ou reservas mentais, a: a) esclarecer espontaneamente todos os esquemas criminosos de que tenham conhecimento, especialmente aqueles apontados nos anexos deste acordo, fornecendo todas as informações e evidências que estejam ao seu alcance, bem como indicando provas potencialmente alcançáveis;”

⁷⁹ Conforme já exposto, a colaboração premiada parece se diferenciar, nesse ponto específico, de negócios jurídicos do Direito Civil. Isso porque se tem entendido que o princípio da função social dos contratos mitiga o princípio da relatividade, conforme exposto por Gonçalves: “a nova concepção da função social do contrato representa, se não ruptura, pelo menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, tendo em vista que este tem seu espectro público ressaltado, em detrimento do exclusivamente privado das partes contratantes.” GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 15ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 48

⁸⁰ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Inquérito 4405 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 04-04-2018 PUBLIC 05-04-2018. Página 8 do inteiro teor do acórdão

Portanto, é nítido que, no campo principiológico, a colaboração premiada é tratada, em muitos aspectos, de forma semelhante a um negócio jurídico firmado no campo do Direito Civil. Contudo, uma vez que essa técnica investigativa está inserida no âmbito do direito penal e processual penal, deve haver uma compatibilização principiológica, de forma a visar a proteção jurídica do colaborador, bem como do próprio instituto.

Esse cenário *suis generis* surge como um desafio para a doutrina e para a jurisprudência. De fato, conforme exposto no início deste capítulo, os limites da colaboração premiada ainda não estão definidos. Em contrapartida, é certa, ao menos, a natureza jurídica do instituto e o leque de princípios que o regem. Essas premissas servirão como parâmetro para endereçar o questionamento objeto deste trabalho, que consiste na validade jurídica de cláusulas que ajustam benefícios não previstos na legislação, como se passará a expor a seguir.

3. CAPÍTULO 3 – A VALIDADE DE BENEFÍCIOS NÃO PREVISTOS EM LEI

Conforme exposto, em termos de regulamentação jurídica, a colaboração premiada está ainda em fase perfunctória, de forma que a legislação instituiu apenas fundamentos para a implementação do instituto, isto é, um mínimo de segurança jurídica. Isso possibilita que, na prática, sejam homologados vários acordos cujas cláusulas não encontram previsão legal.

Nesse âmbito, contrapõem-se duas concepções de processo penal. A primeira, mais “conservadora”⁸¹, defende a estrita obediência do princípio da legalidade, que não autoriza a autoridade pública a agir fora dos ditames da lei. Para essa corrente, não há outro sistema principiológico processual específico para negociação penal, mas tão somente pequenas e pontuais mitigações de um único ordenamento.

A segunda corrente, mais “arrojada”⁸², entende que a colaboração premiada deve ser compreendida a partir de seus contornos de negócio jurídico processual, conforme o qual a legalidade estrita não se amoldaria. Assim, haveria uma justiça penal alternativa, influenciada pelo direito dos contratos, que subsistiria paralelamente ao sistema processual tradicional, ou que, no mínimo, provocaria algumas flexibilizações nesse sistema.

Esse debate, já exposto anteriormente, repete-se no tocante à extensão de autonomia das partes na negociação, especialmente quanto ao objeto do acordo para a defesa, qual seja, a pactuação de um benefício premial.

Como se sabe, a Lei 12.850/2013 introduziu limitado rol de benefícios que podem ser conferidos ao colaborador como contraprestação por seu auxílio na investigação. Ademais, inexistente expressa disposição acerca da taxatividade desse rol, não tendo a lei determinado que somente esses prêmios poderão ser propostos e concedidos.

Em decorrência dessa omissão, no âmbito dos processos e procedimentos que compreendem a chamada “Operação Lava-Jato”, não raro são pactuadas benesses que não estão previstas neste rol legal e outras que sequer estão em qualquer dispositivo normativo, de forma que são criadas cláusulas específicas para cada acordo.

⁸¹ Definição exposta por Marcelo Costenaro Cavali, em: CAVALI, Marcelo Costenaro. **Duas faces da colaboração premiada**: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 256

⁸² Ibidem

Diante desse contexto, paira dúvida quanto à validade jurídica desses benefícios. Em última análise, caso se considere que tais objetos contratuais são ilícitos, comprometer-se-iam as cláusulas que preveem essas benesses extralegais, ainda que os respectivos acordos já tenham sido homologados, pois o vício subsistiria.

Portanto, a questão será desenvolvida a seguir em três frentes. Primeiramente, será exposto o tratamento dessa problemática pelo Supremo Tribunal Federal, principal órgão judicante em matéria de colaboração premiada. Em seguida, será apresentada a abordagem doutrinária. Por fim, analisar-se-ão algumas das cláusulas de acordos homologados pelo Supremo Tribunal Federal, bem como os possíveis limites à pactuação de disposições contratuais pelas partes. Em cada um desses momentos será feita uma avaliação crítica, indicando possíveis incoerências e lacunas argumentativas, buscando-se, assim, elaborar uma síntese por meio da qual possa ser respondido o problema objeto desse trabalho.

3.1 O debate no Supremo Tribunal Federal: a Questão de Ordem na Petição nº 7074

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a discussão acerca da validade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador ainda é perfunctória. Com efeito, o tema ainda não foi objeto específico de um caso levado ao plenário ou a uma turma, de forma que não há um posicionamento definitivo e conjunto da Corte.

Nesse sentido, a questão tem sido resolvida de forma monocrática por cada relator, no momento decisório de homologação de acordos. Assim, caso um ministro tenha um entendimento mais restritivo quanto à aplicação legal, não será homologada uma proposta que ofereça benefício não previsto na Lei 12.850/2013.

Contudo, o plenário do Supremo Tribunal Federal não está completamente alheio a debates relativos ao tema. Em um aspecto geral, a colaboração premiada já foi objeto de certos casos paradigmáticos do pleno, muito em razão de sua nova relevância no combate ao crime organizado, aliada à sua parca normatização⁸³. Nesse contexto, alguns ministros têm registrado, quando do julgamento desses casos, certas considerações pessoais quanto a esse negócio

⁸³ Nessa linha, as palavras do ministro Luis Roberto Barroso durante o julgamento da QO na Pet 7074: “E aqui, Presidente, no tópico final das minhas reflexões, a colaboração premiada, como disse ao início, é uma categoria nova, nós estamos um pouco aprendendo a lidar com ela e desenvolvendo os contornos do instituto, inclusive jurisprudencialmente, mas, na verdade - e esta é a novidade que cria alguma perplexidade aqui e ali -, nós estamos um pouco numa linha de intercessão que envolve a Justiça Criminal tradicional, monopólio do Estado, com uma justiça criminal negociada e, portanto, um mecanismo de autocomposição em matéria penal, o que é relativamente novo entre nós. Novo, mas positivo; novo, mas produtivo. Não devemos ter medo de aproveitar as potencialidades desse instituto.” Página 47 do inteiro teor do acórdão.

jurídico processual, ainda que esses apontamentos não digam respeito diretamente ao objeto principal da demanda.

É o caso da Questão de Ordem da Petição nº 7074, na qual se definiu, especificamente, que é competência (i) do relator homologar monocraticamente acordos de colaboração premiada e (ii) do colegiado o juízo de eficácia do acordo. Contudo, nesta mesma oportunidade, outras questões foram debatidas, entre elas a concessão de benefícios não previstos em lei.

Assim, quanto ao ponto, o ministro Luís Roberto Barroso se manifestou da seguinte forma:

Portanto, a sanção negociada, mais favorável e homologada pelo juízo, parece-me perfeitamente legítima. E por qual razão? É que, se a lei permite o não oferecimento da denúncia, se a lei permite a concessão de perdão judicial, isto é, permite que se isente o colaborador da imposição de qualquer pena, a meu ver, é intuitivo que se admita o estabelecimento de condições outras, que não resultem na total liberação do colaborador. Simplesmente porque quem pode o mais - não oferecer denúncia ou negociar o perdão judicial - pode perfeitamente negociar uma sanção mais branda do que a que consta da textualidade da lei.⁸⁴

Nessa linha, o rol da Lei 12.850/2013 não seria taxativo, mas apenas um ponto de partida para a aplicação do instituto pelas autoridades competentes. O ministro ressalva, contudo, que há limites para a pactuação de benesses. Essas não podem I) ser vedadas pelo ordenamento jurídico e II) agravar a situação do colaborador.⁸⁵

De tal modo, parte-se da premissa de que o acordo de colaboração premiada é um contrato⁸⁶, pactuado por partes capazes, destacando-se, nesse ponto, que o colaborador estará sempre acompanhado e orientado por seu advogado. Nesse cenário, não caberia ao Judiciário, via de regra, se imiscuir nas cláusulas arbitradas pelas partes.

Outra premissa do ministro Barroso é de que atualmente o ordenamento jurídico tem se flexibilizado quanto a dogmas clássicos, como a indisponibilidade da ação penal⁸⁷, o que sinaliza para um influxo da justiça penal negociada, a qual, como visto, privilegia a autonomia

⁸⁴ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO, PET 7074 QO/DF, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2018 PUBLIC 03-05-2018. P. 49 do inteiro teor do acórdão

⁸⁵ Ibid, P. 48

⁸⁶ Ibidem

⁸⁷ Ibid, P. 49

das partes. Assim, conclui que “a sanção negociada, mais favorável e homologada pelo juízo, parece-me perfeitamente legítima.”⁸⁸

O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, tem entendimento em sentido contrário, como se depreende de sua concepção acerca do requisito da “legalidade” para a homologação de acordo:

Legalidade, no sentido amplo da palavra, porque o Relator tem o dever de vetar cláusulas que excluam, da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a direitos; em segundo lugar, que estabeleçam o cumprimento imediato da pena ainda não fixada; em terceiro lugar, fixa em regime de cumprimento de pena não autorizados pela legislação em vigor; em quarto lugar, avancem sobre cláusulas de reserva de jurisdição; em quinto lugar, determinem o compartilhamento de provas e informações sigilosas sem a intervenção da justiça; e, finalmente, em sexto lugar, autorizem a divulgação de informações que atinjam a imagem ou a esfera jurídica de terceiros. Esse é o exame de legalidade que precisa ser feito necessariamente pelo Relator.⁸⁹

Assim, de acordo com o ministro Lewandowski, não só são proibidas inovações quanto aos benefícios, mas também é dever do magistrado fazer um controle de legalidade dessas cláusulas, que, caso não encontrem previsão legal, terão de ser glosadas.

Nota-se, assim, que a abertura cognitiva para o magistrado seria mais ampla. Em verdade, nessa linha, o protagonismo da colaboração premiada passa das partes para o juiz, cujo poder decisório estaria acima da autonomia para negociação entre Ministério Público e colaborador.

Convém destacar que, posteriormente ao julgamento da QO na Pet 7074, o ministro Lewandowski reafirmou esses parâmetros para a homologação de colaboração. No caso, como relator de um acordo, decidiu pela sua não homologação, pois:

Não há, portanto, qualquer autorização legal para que as partes convençionem a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena. Em razão disso, concluo que não se mostra possível homologar um acordo com tais previsões, uma vez que o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País, cuja interpretação e aplicação - convém sempre lembrar - configura atribuição privativa dos magistrados integrantes do Judiciário, órgão que, ao lado do Executivo e Legislativo, é um dos Poderes do Estado, conforme consigna expressamente o art. 3º do texto magno.⁹⁰

Nessa linha, a premissa é de que o sistema penal brasileiro seguiu o modelo romano-germânico. Nesse sistema, o magistrado tem uma posição de protagonismo, que deve ser

⁸⁸ Ibidem

⁸⁹ Ibid., pp. 103 e 104

⁹⁰ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Petição nº 7265. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, decisão proferida em 14/11/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361861>. Acesso em 28/5/2019. P. 23

utilizada na busca pela verdade real, a qual é o objetivo último do processo. É nesse sentido que o Código de Processo Penal validaria uma atuação ativa do magistrado, que tem legitimidade para decidir de ofício, a exemplo do sequestro de bens⁹¹ e da produção de prova⁹². No âmbito constitucional, essa estrutura estaria fundada no princípio da inafastabilidade da jurisdição⁹³.

Portanto, conclui-se que, conforme esse entendimento, a concessão de benefícios extralegais feriria o ordenamento jurídico processual, que, inspirado no modelo romano-germânico, não permitiria que o órgão acusador substituísse o órgão jurisdicional. Assim, esse protagonismo do Ministério Público, principalmente no tocante à disposição da ação penal e na discricionariedade de atuação, não se justificaria historicamente, pois funda-se no sistema anglo-saxão, o qual não foi adotado pelo Brasil.

Fundamentando-se em outras razões, o ministro Gilmar Mendes também questiona a validade de certos acordos, notadamente aqueles em que foram pactuados benefícios heterodoxos:

Só para ficar em um exemplo, o caso "Ricardo Pessoa", condenado à pena de mais de oito anos de reclusão, substituída por regime domiciliar diferenciado. Isto não está na lei, uma espécie de prisão domiciliar, com a possibilidade de progressão para regime aberto diferenciado. Portanto, no acordo, está se legislando. Pergunta-se: Pode? É possível fazer isso? E podemos, no nosso caso, examinar ou não? Não está na lei.⁹⁴

Assim, a ressalva feita pelo ministro não se assenta na origem do ordenamento, mas em sua própria natureza, qual seja, uma República democrática, composta por três poderes e por funções essenciais à Justiça, tal qual o Ministério Público. Consequentemente, cabe ao órgão acusador atuar conforme os estritos ditames da lei, sob pena de apossar-se a uma atribuição exclusiva do Poder Legislativo.

De forma análoga ao ministro Lewandowski, o ministro Gilmar Mendes critica previsões que invadem a competência do Judiciário, como é o caso de combinação de penas sem anterior condenação. Nesse ponto, assevera que esse tipo de cláusula, que qualifica como

⁹¹ Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

⁹² Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁹³ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Questão de Ordem na Petição 7074, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2018 PUBLIC 03-05-2018. P. 103 do inteiro teor do acórdão.

⁹⁴ Ibid, p. 28 do inteiro teor do acórdão

“duvidosa”, não teria passado verdadeiramente pelo crivo do Judiciário, uma vez que os acordos são homologados em juízo de delibação, no qual não há uma análise profunda por parte do magistrado. Nesse sentido, por não ter havido um controle suficiente no quesito da legalidade, as decisões de homologação teriam caráter precário.⁹⁵

Portanto, do que foi exposto, extrai-se, em síntese, que: (i) há uma corrente favorável à concessão de benefícios extralegais, desde que respeitados certos limites, representada pelo ministro Luís Roberto Barroso; (ii) de igual modo, há uma corrente contrária, integrada pelos ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes; (iii) há outros oito ministros que não se manifestaram expressamente quanto ao tema, os quais, contudo, serão decisivos para a formação de posicionamento do Tribunal, uma vez que podem formar uma maioria para qualquer um dos lados⁹⁶, ou ainda para uma terceira via.

Em última análise, há uma divergência quanto à concepção do ordenamento jurídico. De um lado, o ministro Barroso vê com otimismo a ascensão da colaboração premiada, defendendo que esta deve ser entendida conforme os parâmetros da justiça penal negociada. Por outro, o ministro Lewandowski compreende o instituto com certas restrições, ínsitas à natureza do sistema romano-germânico. Nesse contexto, questiona-se qual desses posicionamentos seria coerente com a (ainda que escassa) jurisprudência da Corte quanto ao instituto.

Conforme já visto, no julgamento em plenário do *Habeas Corpus* nº 127.483, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a colaboração premiada é negócio jurídico processual, de forma que terceiros delatados não têm legitimidade para impugnar acordos. Assim, a natureza jurídica do instituto é semelhante à de um contrato.

Ainda nesse julgamento, a Corte assentou que a colaboração premiada deve ser pautada por princípios como a segurança jurídica, a autonomia das partes e a proteção da confiança, todos derivados do direito privado, mais especificamente, do direito dos contratos.

Baseado nesses fundamentos, parece que a linha do ministro Barroso está em consonância com o que já foi decidido pela Corte. Isso porque um negócio jurídico processual,

⁹⁵ Ibid, pp. 144-145 do inteiro teor do acórdão

⁹⁶ O Ministro Marco Aurélio, apesar de não ter feito uma análise expressa e desenvolvida sobre a questão, apartou o Ministro Barroso, quando este defendia que o Ministério Público teria legitimidade para “dar uma pena menor”. Em seu aparte, o Ministro Marco Aurélio comentou: “Presidente, confesso que nunca vi o Ministério Público apenando quem quer que seja. Quem apena é o Judiciário”.(Ibid, p. 63 do inteiro teor do acórdão) Assim, é possível que o ministro Marco Aurélio siga a corrente dos ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

por sua própria natureza, privilegia a autonomia das partes, que possuem liberdade para avançar o que acreditam convir aos seus interesses – por parte da acusação, uma tática de persecução criminal; por parte do colaborador, uma estratégia no exercício de sua defesa.

Com efeito, nesse contexto de negociação, o magistrado não possui um papel de preponderância. Em verdade, este exerce jurisdição voluntária, na qual não há lide. Ou seja, no caso, o fundamento do sistema romano-germânico não subsiste, pois, inexistindo conflito, não há que se falar em busca pela verdade real dos fatos.

O argumento de usurpação de competência de poder, por sua vez, também não está de acordo com o que ficou assentado no julgamento do HC nº 127.483. A instituição acusatória tem um interesse legítimo que justifica a concessão do benefício, qual seja, a **obtenção de provas**. Desse modo, esse tipo de acordo não é um fim em si mesmo, visto que se trata de um negócio jurídico **processual**, cujos reflexos produzirão novas linhas investigativas. Assim, a instituição não estaria se evadindo de seu escopo institucional como função essencial à Justiça.

De outra banda, cabe uma crítica a essa corrente. Isso porque, muito embora pareça juridicamente adequada a imposição de limites gerais, parece que os critérios elegidos (cláusulas vedadas pelo ordenamento jurídico e que agravem a situação do colaborador) são de natureza ontologicamente abstrata, podendo ser interpretados das mais diversas formas. A título de exemplo, pode-se entender que o acordo, ao pactuar uma pena máxima, infringe o ordenamento, ao violar o princípio da individualização da pena. De outro lado, pode-se compreender que, de acordo com o mesmo ordenamento, a situação do sujeito no processo penal não pode ser agravada, de sorte que o benefício seria lícito. Assim, a aplicação prática desses limites é extremamente subjetiva.

Portanto, está em consonância com a jurisprudência da Corte aquela corrente que considera válidos os acordos em que há concessão de benefícios extralegais. Dessa forma, as consequências de entender a colaboração premiada como um negócio jurídico processual vão além da impossibilidade de impugnação do acordo por terceiros, visto que o julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483 baliza diversas nuances do instituto.

Por fim, importa destacar que se mostra necessária uma decisão conjunta do Supremo Tribunal Federal quanto a esse ponto específico – para qualquer lado que seja -, pois, atualmente, há uma grande discrepância entre os fundamentos das decisões de homologação de acordos. A fim de garantir a necessária segurança jurídica ao instituto, é fundamental que esta

questão seja uniformizada, para que o destino do acordo não seja determinado pela simples escolha de seu relator no tribunal.

3.2 O debate doutrinário

Em não havendo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a doutrina tem debatido a questão, ainda que se trate de uma problemática relativamente recente. Contudo, como há poucos estudos específicos sobre o assunto, a abordagem costuma ser feita de forma breve e pontual, em geral com a exposição de um único argumento que justificaria o posicionamento de cada autor.

Nesse âmbito, destacam-se, novamente, duas correntes: uma que preza pela primazia do princípio da legalidade, em razão da qual não seria possível a pactuação de cláusulas heterodoxas, e uma segunda, que interpreta o instituto a partir da vontade das partes, dando-lhes ampla (porém não ilimitada) autonomia para conceber o acordo.

Ao abalizar este debate, Alexandre Costenaro Cavali qualifica a primeira corrente como “conservadora”, que seria mais apegada “à literalidade e à sistemática da lei”⁹⁷, enquanto o segundo grupo teria uma visão “arrojada”, para a qual “o acordo de colaboração seria um verdadeiro *plea bargain*”.⁹⁸

Nesse contexto, a maioria perfilha entendimento de que o rol da Lei 12.850/2013 é taxativo. Para tanto, alega-se, em síntese, que essa interpretação expansiva da legislação comprometeria o princípio da legalidade, que, em sua acepção no Direito Público – tal qual é o Direito Penal -, proíbe que a autoridade pública pratique um ato que não está previsto na legislação. Dessa forma, o Ministério Público estaria adstrito àqueles benefícios determinados, sem ter margem para inovação. Igualmente, no âmbito do Judiciário, seria ilegal a decisão de homologação de um acordo que extrapolasse os parâmetros legais.

Nesse sentido, Tiago Bottino argumenta que:

Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais

⁹⁷ Op cit. p. 266

⁹⁸ Ibid, p. 265

benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos.⁹⁹

Para o autor, a inovação em benefícios poderia comprometer a veracidade das alegações do colaborador, o que, em última análise, colocaria em risco o instituto jurídico da colaboração premiada.¹⁰⁰

De forma semelhante entendem Canotilho e Brandão, para os quais o acordo de colaboração premiada não poderia inovar normativamente¹⁰¹. Nas palavras dos autores:

Do princípio da legalidade resulta de igual modo uma proibição de combinação dos esquemas processuais desenhados na lei que, na prática, redunde na criação jurisprudencial de soluções que não se ajustem aos modelos procedimentais cunhados legalmente. Mais grave, no plano da juridicidade, é a transmutação de acordos de colaboração em *instrumentos* normativos inovadores, *praeter e contra legem*, violando a *reserva de lei do* parlamento na definição de crimes e de penas. Assim, na fase pré-sentencial não pode pactuar-se um benefício só previsto para uma colaboração pós-sentencial (v. g., a progressão de regime de execução de pena privativa da liberdade); tal como é proibido conceder-se na fase pós-sentencial um prêmio só admitido na fase anterior (v. g., o perdão judicial).¹⁰²

Por sua vez, Rodrigo Capez, apesar de reconhecer que deve haver espaço para autonomia das partes¹⁰³, entende que à Lei 12.850/2013 se aplica o modelo de premialidade legal, em razão de viger no Brasil o sistema Continental-Europeu. Assim, os poderes negociais do Ministério Público estariam adstritos ao princípio da legalidade estrita. Dessa forma, o magistrado teria o dever de glosar cláusulas que não encontrem suporte numa norma escrita e vigente no ordenamento jurídico (lei, tratado ou convenção).¹⁰⁴

Em sentido semelhante, Vinícius Gomes Vasconcellos defende o modelo de premialidade legal¹⁰⁵, destacando julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual se entendeu que a extensão do acordo de colaboração premiada limita-se ao direito material, não abarcando o processo.¹⁰⁶

⁹⁹ BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal**: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390., ago. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131358. Acesso em: 9 jun. 2019. P. 377

¹⁰⁰ Ibid, p. 378

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. P. 157

¹⁰² Ibidem

¹⁰³ CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 217

¹⁰⁴ Ibid, pp. 234-235

¹⁰⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2ª ed., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹⁰⁶RHC 76.026/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 11/10/2016

De outro lado, a corrente minoritária tem uma concepção mais flexível. Andrey Borges de Mendonça talvez tenha abordado a questão de forma mais substancial e aprofundada, fixando importantes premissas antes de entrar no mérito da problemática. O autor entende que existe um microsistema de colaboração premiada, em razão do qual é juridicamente válida a concessão de benefícios previstos em leis anteriores à nº 12.850. De igual modo, compreende ser admissível a cumulação de benesses num acordo. Sugere que o instituto deveria ter impactos para além da esfera penal, uma vez que o colaborador, mesmo firmando avença com o Ministério Público, poderia ficar desamparado em searas como a tributária e a administrativa. Assim, de pronto já perfilha um posicionamento mais abrangente quanto ao conteúdo de um acordo de colaboração premiada.¹⁰⁷

Nesse contexto, o autor entende ser válida a pactuação de benefícios extralegais. Isso porque o instituto faria parte de um novo modelo de justiça penal, o qual seria regido por uma estrutura normativa distinta. Dessa forma, as garantias do sistema tradicional não se compactuariam com o sistema consensual e, uma vez que essas não foram pensadas para esse novo modelo, não se deveria tentar compatibilizá-las, pois isso acarretaria sua erosão. Portanto, o instituto tem de ser entendido conforme princípios como eficiência, boa fé e lealdade.¹⁰⁸

Ademais, em sua análise, não só assenta premissas e fundamentos que justificariam seu posicionamento, mas também se ocupa em rebater argumentos utilizados pela corrente contrária. Assim, entende que o princípio da legalidade não poderia constituir óbice, uma vez que é instituído em favor do acusado, a fim de coibir arbítrios e abusos de poder por parte da instituição acusatória. Nesse sentido, caso um acordo preveja um benefício com o qual o colaborador e sua defesa técnica compactuaram, em razão de uma estratégia defensiva, o princípio da legalidade não deveria incidir, devendo prevalecer a analogia *in bonam partem*.¹⁰⁹

De igual modo, o autor compreende que a concessão de benefícios extralegais não aumenta a probabilidade de o colaborador mentir, ou seja, os dois elementos não estariam relacionados. A maneira de coibir esse tipo de comportamento seria por meio da instituição de filtros - mecanismos de controle.¹¹⁰ Por fim, não haveria violação à individualização da pena,

¹⁰⁷ MENDONÇA, Andrey Borges. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pp. 76-77

¹⁰⁸ Ibid, p. 102

¹⁰⁹ Ibid, p. 103

¹¹⁰ Ibid, p. 103

pois esse juízo seria feito quando da pactuação do próprio acordo, num processo dialógico e negocial, em atenção às particularidades de cada caso¹¹¹.

O autor, contudo, alerta para os problemas relativos à fixação em abstrato de limites, pois “somente no caso concreto (...) é que se poderá analisar se o benefício afronta ou não o ordenamento jurídico”.¹¹²

Contudo, haveria limites. Assim, o benefício não pode ser vedado em lei, ou, pelo menos, deve haver uma cobertura legal mínima. Além disso, o objeto do acordo tem de ser lícito, bem como não podem ser violados direitos fundamentais básicos ou a dignidade da pessoa humana. Por fim, a benesse deve ser adequada ao caso concreto, segundo um critério de razoabilidade.

Portanto, percebe-se que esse pensamento minoritário parte de uma concepção ontológica, qual seja, que a colaboração possui características próprias e distintas. Isso permitiria que o instituto assumisse contornos mais abrangentes, não regulados pelo sistema que já está posto – o qual, em consequência, tem seus contornos mais definidos -, mas sim por princípios que, por serem abstratos, permitem uma ampla margem de negociação.

Essa visão encontra seu mérito no tocante à análise da colaboração premiada conforme um aspecto pragmático. De fato, é necessário que haja mecanismos para a disseminação e consolidação do instituto, através da pactuação e homologação de mais acordos. O Estado, por meio do Ministério Público e do Judiciário, tem de criar um ambiente favorável para tanto.

É a abordagem desse aspecto que parece faltar por parte da corrente majoritária, que se limita a um juízo quase matemático, no sentido de que, se a colaboração premiada encontra óbices na lei em sentido amplo, o instituto deve ser repensado a fim de que seja compatibilizado com o sistema tradicional. Ora, já está bastante claro que o processo penal tradicional não foi capaz de combater o crime organizado e que, nesse âmbito, a colaboração premiada tem se mostrado mais eficaz. Assim, o ponto de partida deveria ser a preservação do próprio instituto, e não a sua simples adaptação, que poderia desfigurá-lo e, em última análise, inutilizá-lo.

¹¹¹ Ibid. p. 88

¹¹² Ibid. p. 97

De outro modo, conforme já exposto no capítulo anterior, a própria Lei 12.850/2013 traz mitigações ao sistema tradicional, ao prever a possibilidade de não oferecimento de denúncia (imunidade). Ou seja, essa flexibilização, com a instituição de uma justiça negociada, não é uma questão subjetiva de interpretação, mas sim um fato, uma vez que esse dispositivo legal, até o momento, não teve sua constitucionalidade infirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em linha semelhante, o princípio da legalidade é tido, pela doutrina majoritária, como absoluto e inderrogável, ou, no mínimo, como um valor máximo, que deve ser preponderante, quando se trata de direito penal. Contudo, sabe-se que nenhum princípio prevalece sempre sobre os demais, de forma que o confronto principiológico é dinâmico e resolvido conforme cada caso.

Assim, num contexto de colaboração premiada, conforme já exposto anteriormente, há princípios específicos, como o da autonomia de vontade, da eficiência etc. Esses princípios parecem melhor refletir o instituto conforme suas peculiaridades, e, por isso, devem prevalecer, no mais das vezes, sobre o princípio da legalidade.

Ademais, parece não prosperar o argumento de que benefícios extralegais possam aumentar a probabilidade de o colaborador faltar com seu dever de boa-fé. Como bem salientou Andrey Borges de Mendonça, não há sequer indícios de que uma circunstância tenha relação com a outra. Além disso, a prática revela que, mesmo em acordos cujas benesses estão na legislação, certos colaboradores foram acusados de omitir informações¹¹³.

De outra banda, não se sustenta a alegação de que o acordo de colaboração premiada não possa inovar normativamente. Ora, é ínsita à natureza de um negócio jurídico a inovação normativa, ainda que restrita ao pactuado contratualmente. Como versa o antigo chavão, o contrato é lei entre as partes. Caso não houvesse essa abertura, não se necessitaria de um acordo, mas tão somente da mera incidência da lei.

Portanto, de uma forma geral, as razões expostas pela doutrina minoritária parecem ser mais coerentes com a colaboração premiada tal qual um negócio jurídico processual. Além

¹¹³ Nesse sentido, a colaboração premiada de Joesley Batista, Ricardo Saud e outros, na qual se pactuou um benefício previsto na lei 12.850/2013 – imunidade penal. O acordo está atualmente *sub judice*, em razão de a Procuradoria-Geral da República ter pleiteado a sua rescisão, alegando que os colaboradores teriam omitido informações, como fatos criminosos envolvendo o senador Ciro Nogueira. Fonte: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-rescinde-acordo-de-colaboracao-de-joesley-batista-e-ricardo-saud>>. Acesso em 30 de maio de 2019.

disso, trata-se de uma análise mais pragmática, que visa proteger o instituto como o importante meio de obtenção de provas que se tornou. Apesar disso, ainda que essa linha se mostre mais sofisticada e completa, algumas ressalvas merecem ser feitas também em relação a ela.

Como exposto, de modo geral, os princípios da colaboração premiada devem preponderar sobre os tradicionais – tal qual o da legalidade –, por serem específicos ao instituto. Porém, essas fontes normativas não estão acima do ordenamento jurídico em si. Assim, pode haver dois ou múltiplos sistemas de justiça criminal, mas somente há um ordenamento, instituído pela Constituição de 1988.

É esse ordenamento que seria limitador do instituto da colaboração premiada. Por isso, parece estranho dizer que há certas garantias que seriam flexibilizadas conforme os parâmetros do modelo de justiça consensual. Ora, ou essa justiça está inserida no ordenamento constitucional, aplicando-se a ela as garantias constitucionais, ou está fora do sistema jurídico. Portanto, num Estado Democrático de Direito, as garantias vigoram independentemente do modelo de justiça criminal.

De outro modo, não há como se falar em individualização da pena em acordos. A pena é conceito que está intrinsecamente ligado à sentença, ou seja, ao momento decisório final do processo. Isso porque não há como se individualizar aquilo que não se conhece. Ademais, como visto, o juízo homologatório é de cognição sumária, e não de delibação, como o é o juízo sentenciante. Assim, a homologação é momento inadequado para se avaliar a pena do colaborador, devendo isso ser feito quando da avaliação da eficácia do acordo, que costuma ser na sentença. Portanto, a discussão seria se o colaborador poderia, como estratégia defensiva, firmar uma pena com a instituição acusatória, em detrimento de ter sua reprimenda aferida segundo os critérios do Código Penal.

Por fim, de forma geral, a doutrina não adentra a questão de até onde o magistrado poderia se imiscuir no juízo de legalidade do acordo, quando da homologação. Em outras palavras, a questão não é analisada sob a sua perspectiva cognitiva, de amplitude do poder decisório, mas tão somente sob seu aspecto normativo, em relação aos parâmetros legais e constitucionais. Uma vez que a homologação se dá em juízo de cognição sumária, é contestável se o magistrado teria, nesse momento, legitimidade para glosar cláusulas que foram trabalhadas num processo elaborado, conduzido de maneira dialética entre as partes.

Portanto, mesmo a visão “arrojada”, que enaltece a colaboração premiada, não responde a todas as lacunas e questionamentos atinentes ao instituto, em especial quanto a momentos mais tardios de uma colaboração premiada, como o do juízo de sua eficácia, que parece ser esvaziado. Já a visão “conservadora”, por vezes, se limita à afirmação do princípio da legalidade, ignorando o aspecto pragmático que é ínsito a qualquer meio de obtenção de provas.

Assim, percebe-se que a produção doutrinária ainda está em estágio inicial. Certamente, conforme se dê o avanço no campo da prática, surgirão firmamentos teóricos, os quais possibilitarão uma plataforma mínima. Contudo, é natural que sempre haja um debate acerca dos limites da justiça negocial como um todo, já que há um relativo consenso de que o processo penal tradicional não mais subsiste de forma solitária.

3.3 A prática - cláusulas de acordos examinadas pelo Supremo Tribunal Federal

Em razão de os tribunais ainda não terem firmado um posicionamento quanto aos limites da autonomia das partes, o universo de cláusulas em acordos de colaboração premiada é extenso. Assim, são pactuadas e homologadas as mais diversas cláusulas premiais¹¹⁴: fixação de penas máximas, regimes diferenciados de cumprimento de pena, prestação de serviços à comunidade e ainda medidas elaboradas para cada acordo específico.

De forma geral, o benefício que tem gerado críticas consiste na fixação de uma pena máxima, como verifica-se no pensamento de Jorge de Figueiredo Dias:

Um acordo sobre a medida concreta da pena não pode ser considerado admissível, pois que tal significaria uma violação do princípio da culpa e aproximaria de novo o acordo da troca, negócio ou barganha. Ao tribunal, e só a ele, pertence ponderar todas as circunstâncias do caso que relevam para a culpa e a prevenção e, em função delas, encontrar o exacto quantum de pena¹¹⁵

¹¹⁴ Apesar de esse ser um problema possível em acordos submetidos a qualquer órgão do Judiciário, esta análise concentrou-se exclusivamente em casos do Supremo Tribunal Federal. Isso porque o escopo de análise precisa ser restringido para se analisar o fenômeno de forma mais fidedigna, ou seja, é necessário um recorte metodológico. Nesse âmbito, o Supremo Tribunal Federal por si só já é um órgão bastante complexo, tendo sido homologados mais de 200 acordos por ministros da Corte. Além disso, muitos dos casos submetidos a juízos singulares ainda se encontram em segredo de justiça. Por fim, conforme já exposto, a Corte poderá futuramente se pronunciar sobre a validade de benefícios extralegais, de forma a pacificar a questão. Assim, mostra-se fundamental a análise de acordos já homologados pelos membros do próprio Tribunal, pois estes casos concretos poderão servir como ponto de partida para uma decisão em abstrato sobre o problema.

¹¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. O “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”? C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 51.

As maiores críticas residem no fato de que algumas dessas cláusulas preveem cumprimento de pena máxima pelo colaborador, o que violaria a competência do Judiciário para fixar a sanção penal, uma vez que o ajuste sobre a reprimenda ocorreu entre acusação e defesa.

Como exposto anteriormente, não há como se falar em individualização da pena por meio de um acordo de colaboração premiada. Isso porque (i) o Ministério Público não é legítimo para fazer esse juízo, e (ii) no momento em que é pactuada e homologada a avença, muitas vezes não houve instrução probatória, de forma que não foram colhidos os elementos necessários para lastrear a análise dosimétrica.

Contudo, isso não desampara totalmente a fixação de penas com a autoridade acusatória. Conforme se expôs no capítulo anterior, a colaboração premiada deve ser compreendida à luz de princípios específicos, como o da autonomia da vontade. Disso decorre que o instituto pode ser usado como estratégia defensiva, de tal sorte que o colaborador, orientado por sua defesa técnica, pode optar por pactuar uma pena máxima, em vez de se submeter ao escrutínio do processo penal comum. Não se vislumbra prejuízo ao colaborador, eis que este não pode ser coagido a celebrar o acordo, podendo recusar proposta que entenda não atender aos seus interesses.

Quanto a esse ponto, Andrey Borges de Mendonça alerta para a insuficiência do benefício previsto em lei (causa de diminuição de pena), que, em determinadas situações, não seria atrativo ao colaborador que praticou múltiplas condutas delitivas¹¹⁶. Isso porque a redutora incidiria separadamente em cada um destes delitos, de forma que, globalmente, a pena a ser cumprida ainda seria elevada.

Dessa forma, a fixação de uma pena dirimiria esse empecilho, pois possibilitaria um patamar máximo, concedendo ao colaborador um benefício determinado. Além disso, atender-se-ia o *mens legis*, uma vez que se viabilizaria o desbaratamento da parcela mais crítica da criminalidade organizada, na qual a prática delitiva é um *modus operandi*.

Por outro lado, essa cláusula pode ser arranjada negocialmente em outros moldes, menos questionáveis juridicamente. Uma dessas formas consiste na previsão de que, atingido ou superado determinado limite de pena, a instituição acusatória irá propor a suspensão das

¹¹⁶ Op cit, p. 89

ações penais que ainda tramitem contra o colaborador¹¹⁷. De tal modo, preservam-se, sem grandes margens para questionamentos, os limites de atuação do Ministério Público, que irá tão somente postular, e não decidir a questão.

De toda forma, a fixação de uma pena máxima é, em última análise, uma dimensão do benefício do não oferecimento de denúncia, uma vez que o colaborador obterá imunidade após o cumprimento de uma determinada pena. Portanto, trata-se de uma versão atenuada desse benefício legal, já que condicionada à execução penal.

Ademais, um raciocínio analógico milita pela legalidade da medida. Isso porque, de acordo com a legislação, a acusação poderia abrir mão de sua prerrogativa persecutória, conferindo total imunidade ao colaborador. Assim, de igual modo a instituição poderia acordar com o colaborador que exercerá essa prerrogativa em momento posterior, após a fixação de determinada pena pelo órgão.

De outro lado, cláusulas que se tem demonstrado corriqueiras consistem na previsão de regimes de cumprimento de pena diferenciados, muitas vezes criados especificamente para cada acordo, não encontrando previsão legal.¹¹⁸

Nesse âmbito, revela-se que a convenção de regimes específicos é benéfica ao instituto da colaboração premiada, uma vez que se possibilita maior janela de negociação. Assim, o ajuste de detalhes quanto ao regime poderia ser usado como moeda de troca. Essa janela seria consideravelmente reduzida caso fosse possível negociar apenas em torno de três possibilidades, quais sejam, regime fechado, semiaberto e aberto.

¹¹⁷ Nessa linha, a Cláusula 5ª do acordo de colaboração premiada firmado entre João Santana e o Ministério Público Federal, homologado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição nº 5952: “Atingido ou superado a pena de 15 (quinze) anos, o MPF proporá a suspensão de ações penais em desfavor do COLABORADOR, bem como, na forma do art. 4º, §3º, da Lei nº 12.850/13 a suspensão dos respectivos prazos prescricionais pelo lapso temporal de 10 (dez) anos.”

¹¹⁸ Nesse sentido, a Cláusula II, inciso II, do acordo de colaboração premiada firmado entre Antônio da Cunha Barbosa Filho e o Ministério Público Federal, homologado pelo STF na Petição 7085: “Em relação aos crimes que são objeto do presente acordo, o cumprimento das penas se sujeitará ao limite de 10 (dez) anos de reclusão, a serem cumpridos da seguinte forma: a) prisão em regime semi-aberto diferenciado pelo prazo de 01 (um) ano e 06 (seis) meses, com monitoramento eletrônico constante e recolhimento em sua residência em Cuiabá-MT ou em Matupá-MT onde exerce suas atividades empresariais, durante os dias úteis da semana e nos finais de semana b) prisão em regime aberto diferenciado pelo restante da pena (08 anos e 06 meses) até o seu total cumprimento, sem tornozeleira eletrônica, devendo comparecer mensalmente para justificar as atividades e endereço;”

Ademais, a jurisprudência tem admitido, em casos especiais, a flexibilização do regime de cumprimento de pena.¹¹⁹ Isso porque os regimes semiaberto e aberto, previstos no Código Penal, não podem ser cumpridos em certas localidades, nas quais não há colônia agrícola ou casa de albergado, ou em que há carência de vagas nesses estabelecimentos. Assim, a pactuação específica de um regime em acordo elimina as incertezas que cercam a execução penal, proporcionando robustez ao negócio jurídico engendrado.

Há ainda disposições que são especialmente voltadas para o desmantelamento da organização criminosa. Nesse âmbito, destaca-se a proibição de contato do colaborador com outros investigados ou corréus pelas condutas relatadas no âmbito do acordo.¹²⁰ Essa medida é importante na medida em que se desestimula o colaborador a atuar como agente duplo. Nesse sentido, são fundamentais os princípios da lealdade e da boa-fé, que impõem ao colaborador a observância de determinados deveres de conduta, a fim de que sua colaboração seja efetiva.

De outro lado, a interrupção na comunicação entre os membros da organização criminosa refreia as práticas delitivas, eis que se inviabiliza o concerto de condutas voltadas para o crime. Assim, a *mens legis* fica atendida, eis que se utiliza a colaboração premiada como instrumento de desbaratamento da organização criminosa.

Destacam-se também medidas peculiares para cada colaborador. A título de exemplo, no acordo do publicitário João Santana, a cláusula 4ª, inciso VII, prevê a “proibição de trabalhar, de qualquer forma, direta ou indiretamente, em qualquer atividade relacionada ao marketing para campanhas eleitorais, seja no Brasil ou no exterior, durante o cumprimento das penas fixadas no presente acordo no regime fechado e semiaberto.” De sua simples leitura, percebe-se que essa cláusula se direciona ao desmantelamento da suposta organização criminosa, pois proíbe que o colaborador exerça sua função específica do no âmbito do grupo investigado. Esse tipo de disposição dificilmente seria previsto numa lei, pois trata-se de circunstância específica, que não se enquadra nos moldes mais abrangentes de redações legais. É nesse sentido que um negócio jurídico, tal qual a colaboração premiada, necessita de abertura para autonomia normativa, pois assim se satisfazem situações excepcionalíssimas de cada caso.

¹¹⁹ Nesse sentido: RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016

¹²⁰ Cláusula 5 do acordo de colaboração premiada de Delcídio do Amaral Gomez, homologado pelo STF nos autos da Petição nº 5952: “Proibição de contatos reservados com outros réus e investigados no Caso Lava Jato, admitidos contatos institucionais, desde que assim ocorram na presença de duas ou mais testemunhas”;

Outra medida pactuada em certos acordos consiste na prestação de serviços à comunidade¹²¹. A princípio, esse seria um benefício em conformidade com a Lei 12.850/2013, a qual prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Contudo, há acordos nos quais essa última espécie de reprimenda é pactuada cumulativamente com a primeira, de forma que não há como se falar propriamente em substituição de pena. Com efeito, trata-se de cumulação de benefícios, da qual decorre certo debate doutrinário, conforme já exposto.

Essa cumulação, contudo, não seria inválida juridicamente. Isso porque a Lei 12.850/2013 não determinou que somente poderia ser concedido um benefício específico, limitando-se a indicar cláusulas possíveis. Uma interpretação restritiva, no caso, iria prejudicar os interesses do colaborador, diminuindo consideravelmente as opções de benesses possíveis. Soma-se a isso o fato de que a hermenêutica *in malam partem* é vedada no direito penal, de forma que essa hipótese restritiva não prevalece.

Nesse ponto, a natureza jurídica da colaboração premiada indica que o mais compatível com o instituto é a abertura para pactuação e concessão de múltiplos benefícios. Trata-se de negócio jurídico complexo, cuja simplificação desfiguraria a sua característica negocial, reduzindo-o a uma simples benesse penal.

Ademais, a cumulação de uma restritiva de direitos não agride os direitos do colaborador. Não se trata de pena desumana, mas educativa, que atende aos fins da sanção criminal. De igual modo, a prática revela que a duração da reprimenda não tem sido acordada por períodos exageradamente extensos¹²², mas somente de forma supletiva às outras sanções expostas. Assim, analisada sob o prisma do princípio da proporcionalidade, a restritiva de direitos é compatível com sua disposição cumulativa em acordo de colaboração premiada.

¹²¹ Nessa linha, a Cláusula 15^a do acordo de colaboração premiada celebrado entre Delcídio do Amaral Gomez e o Ministério Público Federal, homologado pelo STF nos autos da Petição nº 5952: “Realizadas as condições acordadas nas clausulas precedentes, o COLABORADOR também se compromete a cumprir prestação de serviços à comunidade, à razão de 7 (sete) horas semanais, pelo período de 6 (seis) meses, a corresponder a 180 (cento e oitenta) horas, em entidade designada pela órgão judicial federal competente, podendo a distribuição das horas fazer-se, dentro de cada semana, por ajuste entre o COLABORADOR e a entidade, sem vinculação a dia semanal certo”

¹²² No já citado acordo de colaboração de Delcídio do Amaral, a Cláusula 15^a determina que a prestação de serviços à comunidade irá perdurar pelo período de 6 meses. Já no termo de Lúcio Funaro, homologado pelo ministro Edson Fachin na Petição nº 7210, a previsão é de 4 anos (cláusula 4, alínea e). Por fim, no acordo de Fernando Migliaccio da Silva, homologado pela ministra Cármen Lúcia na Petição nº 6533, determinou-se que a pena seria cumprida pelo período variável de 4 a 6 anos (cláusula 5^a, item *bii*)

Portanto, conclui-se que a validade das cláusulas deve ser avaliada conforme os parâmetros impostos pelos princípios ínsitos ao negócio jurídico processual, quais sejam segurança jurídica, autonomia das partes, eficiência, lealdade e boa-fé. Negar a incidência desses princípios seria rejeitar a própria natureza jurídica da colaboração premiada, o que desfiguraria o instituto e diminuiria sua relevância como meio de obtenção de prova.

Assim, de forma geral, os princípios da colaboração premiada validam juridicamente algumas das cláusulas pactuadas. Contudo, conforme já exposto, não tem havido um forte controle jurisdicional no momento da homologação, o que permite que sejam acordadas as mais diversas disposições contratuais distintas, de forma que prevalece, no geral, a vontade das partes.

Não obstante, a primazia de um espaço negocial não concede às partes carta branca para pactuar quaisquer tipos de cláusulas. Com efeito, nenhum princípio irá sempre prevalecer sobre os demais. Nesse sentido, a seguir serão elencados alguns dos limites fundamentais que balizam o conteúdo de um acordo de colaboração premiada.

Como já se expôs, é problemática a fixação em abstrato de critérios, uma vez que essa não irá guiar o intérprete de forma objetiva. É necessária uma hermenêutica elaborada, ainda mais considerando que se trata de instituto novo, sem fundamentos consolidados.

Feita essa ressalva, ainda se impõe a necessidade de limites, a fim de se coibirem abusos, que poderiam, em última análise, comprometer a segurança jurídica da colaboração premiada. Assim sendo, esses limites surgem como forma de proteção às garantias do colaborador e ao próprio instituto.

Desse modo, são evidentemente lesivas aos direitos do colaborador previsões que impeçam o exercício do direito de recurso ou de impetração de *habeas corpus*¹²³. Muito embora seja importante a segurança jurídica da colaboração premiada, esta não pode estar acima do direito de defesa, garantia constitucionalmente assegurada. Nesse âmbito, paira relativo

¹²³ Cláusula nesse sentido está prevista no acordo firmado entre Roseli de Fátima Meira Barbosa e o Ministério Público Federal, homologado pelo ministro Luiz Fux na Petição nº 7085: “Cláusula 4ª - A COLABORADORA desistirá de todos os *habeas corpus* impetrados em seu favor, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contados da assinatura do presente acordo, desistindo também do exercício de defesas processuais, inclusive as relacionadas a competência, suspeição e arguições de nulidades. A COLABORADORA renuncia ao exercício do direito de recorrer das sentenças condenatórias proferidas em relação aos fatos que são objeto deste acordo, podendo, no entanto, exercitá-lo quanto à eventual não observância da redução de pena pactuada neste Acordo ou em relação ao regime de cumprimento de pena que for mais gravoso ou em caso de quebra do acordo por parte do Ministério Público.”

consenso, não havendo autor que tenha defendido esse tipo de disposição, ao qual Alexandre Wunderlich se opõe:

Ao que transparece, não é legítimo recorrer a termos vagos, como ocorreu em casos originários da Operação Lava-Jato, quando o colaborador, se condenado, comprometeu-se a “não impugnar, sob qualquer hipótese” “nenhuma das sentenças condenatórias.” Essa espécie de cláusula tem sido coibida pelo Supremo Tribunal Federal, por entendê-la como violadora da garantia do acesso à Justiça, prevista expressamente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹²⁴

Outrossim, são inválidas as cláusulas que inibam o exercício do direito de defesa ao longo do processo. Isso porque é natural que os corréus delatados aleguem que o seu delator esteja mentindo. Dessa forma, o colaborador poderá apresentar resposta à acusação, alegações finais e quaisquer tipos de manifestações que entender necessárias para o exercício de seu direito, não só para se defender processualmente, mas também para manter a colaboração como meio de obtenção de prova hígido.

Também parece haver consenso de que o colaborador não poderá ser submetido a penas degradantes, que violem a dignidade da pessoa humana. Esse é um valor máximo, que está acima da autonomia das partes. Assim, apesar de ser lícita a disposição da liberdade, por meio da combinação de penas com a instituição acusatória, não há direito de disposição de integridade física e, em certa medida, de integridade moral.¹²⁵ Portanto, deve-se vedar cláusulas abusivas, a fim de que o acordo de colaboração premiada não se torne um instrumento autoritário e degenerado.

Em uma zona mais cinzenta, encontram-se previsões que determinam o cumprimento antecipado das penas acordadas. Quanto ao ponto, Andrey Borges de Mendonça entende que essa antecipação é possível, ressalvadas hipóteses de penas privativas de liberdade. Para tanto, ressalta que este tipo de disposição não é uma inovação no ordenamento jurídico, uma vez que há previsão semelhante na Lei nº 9.099/95.¹²⁶

Contudo, não há como legitimar essa disposição por meio de interpretação analógica, visto que essa hermenêutica é incabível no caso. Isso porque a colaboração premiada está inserida num âmbito processual imensamente mais complexo do que o dos juizados especiais. Com efeito, os autos de processos criminais em que se apuram delitos de colarinho

¹²⁴ Op. cit., p. 26

¹²⁵ A ressalva é feita porque a submissão a uma pena privativa de liberdade, por natureza, macula a imagem pública do sentenciado. Contudo, é certo que este dano à honra subjetiva não deslegitima esta reprimenda, que, apesar de ser questionada por alguns autores, é considerada constitucional.

¹²⁶ Op. cit., pp. 99-100

branco costumam ser compostos por múltiplos volumes e apensos, formando um intrincado conjunto processual. Assim, a execução antecipada poderia mostrar-se lesiva ao colaborador, já que, como visto, no momento da homologação, não há como individualizar sua pena. Nesse sentido, caso o colaborador cumprisse a reprimenda e, ao final do processo, fosse absolvido, os danos a ele causados seriam irremediáveis.

Previsão heterodoxa consiste na chamada “equalização¹²⁷” de penas. De fato, trata-se de conceito jurídico completamente excêntrico, segundo o qual, no momento da sentença, a pena do colaborador será fixada de acordo com a pena arbitrada para corréus do mesmo processo, de forma que esse patamar serve como um limite mínimo para a reprimenda a ser cumprida pelo colaborador.

No caso, essa cláusula revela-se completamente ilegal, pois não permite ao colaborador empregar o instituto da colaboração como mecanismo de defesa. Viola-se, igualmente, a individualização da pena, uma vez que se ignora completamente a aplicação dos critérios dispostos no Código Penal, ao se adotar uma uniformização de sanções.

A fixação de uma pena máxima é uma estratégia defensiva, pois, apesar de se renunciar à individualização, obtém-se o benefício de uma pena determinada. Contudo, isso não ocorre na equalização, pois nela não há nenhum efeito positivo para o colaborador. Em outras palavras, não há sinalagma, de forma que o contrato se torna abusivo. Portanto, ou é acordada a pena máxima, ou a reprimenda deverá obedecer aos critérios de individualização.

Nesse sentido, decisão da ministra Cármen Lúcia, que vetou cláusulas com esses moldes, sob o argumento de que: “a hipótese de equalização de pena prevista nos §§4º e 5º da cláusula 5º estará naturalmente sujeita ao crivo do juiz sentenciante, ao qual caberá o exame no caso concreto, à luz dos parâmetros legais, sem vinculação prévia.”¹²⁸

¹²⁷ Acordo de colaboração premiada firmado entre Fernando Migliaccio da Silva e o Ministério Público Federal, homologado pela ministra Cármen Lúcia nos autos da Petição nº 6533: “Parágrafo 4º, Caso seja firmado acordo de leniência com a empresa ODEBRECHT S/A, o COLABORADOR terá a sua pena prevista exclusivamente nesta cláusula equalizada em relação aos demais funcionários da empresa que apresentem o mesmo grau de envolvimento com os fatos ilícitos e que, por conta da leniência, também firmarem acordo de colaboração. Com isso o COLABORADOR não terá situação jurídica menos favorável. Tal equalização não terá qualquer efeito • em relação à pena de multa cível prevista na alínea "K" da cláusula 13. Parágrafo 5º. Na hipótese da equalização prevista no parágrafo anterior, o MPF e o COLABORADOR apresentarão aditamento ao Juízo competente para homologação. Não havendo acordo quanto aos termos em que se dará a equalização, a questão será submetida ao Juízo Competente.”

¹²⁸ Decisão proferida nos autos da Petição 6533, relatora Ministra Cármen Lúcia

Assim sendo, o acordo de colaboração premiada, apesar de ser um instrumento essencial para o dismantelamento de organizações criminosas, não pode negar vigência a garantias fundamentais. Ademais, é questionável a utilidade de se criar critérios abstratos para restringir as cláusulas do acordo, mas deve haver limites como forma de proteção às garantias ao colaborador e ao próprio instituto. Essas margens são fundamentais para que a colaboração premiada não se transforme em um instrumento de violação de direitos.

CONCLUSÕES

Tendo em vista o exposto nos capítulos exteriores, extraem-se algumas conclusões acerca da colaboração premiada como instituto e da validade jurídica da pactuação e concessão de benefícios extralegais.

Primeiramente, no âmbito normativo, a colaboração premiada está num estágio primitivo, mesmo com o advento da Lei 12.850/2013. Com efeito, esse novo diploma possibilitou uma segurança jurídica mínima ao instituto, tratando-lhe como acordo, não como mero benefício. Ademais, do ponto de vista processual, a nova lei dispôs sobre o instituto de forma mais detalhada e sólida, elegendo-o como meio de obtenção de provas e vedando que condenações sejam baseadas unicamente em provas oriundas de declarações do colaborador. Contudo, ainda há ainda vários problemas práticos que não são contemplados pela legislação, principalmente no que diz respeito ao instituto como negócio jurídico processual, de forma que as autoridades ministerial e judicial tem de se desdobrar quando da atuação em casos concretos.

Justamente por ser um instituto relativamente novo, há grande discussão acerca do tamanho de seu impacto no ordenamento jurídico. De um lado, há quem argumente que foi inaugurada uma nova era de justiça criminal, que despreza o litígio, em favor da criação de espaços de consenso. Por outro lado, segundo a corrente divergente, haveria apenas alterações pontuais no processo penal, que se restringem à colaboração premiada.

No momento atual, essa questão ainda está em aberto, mas é possível desde já perceber que a colaboração premiada, por ser um negócio jurídico processual, provoca certas mitigações no processo penal tradicional e é, portanto, regida por princípios e fundamentos próprios, muitos advindos do direito contratual.

Ademais, por ser um instituto novo, a colaboração premiada ainda não possui alicerces firmes, o que dá margem para diversos problemas práticos, como a validade jurídica de benefícios extralegais. No ponto, não há propriamente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas apenas apontamentos iniciais expostos por alguns (poucos) ministros. Dessa forma, a questão vem sendo resolvida monocraticamente por cada membro do tribunal, segundo critérios pessoais, uma vez que já se firmou a competência do relator para a decisão de homologação do acordo.

Contudo, já é possível adiantar que a corrente inicialmente exposta pelo ministro Luís Roberto Barroso parece se ajustar melhor à jurisprudência do Tribunal referente ao

instituto da colaboração premiada. Isso porque, ao se validar a concessão de benefícios extralegais, expandido as janelas de negociação e as possibilidades de cláusulas, privilegia-se a autonomia das partes, a qual é ínsita a um negócio jurídico.

A doutrina, por sua vez, ainda não aprofundou a discussão, debruçando-se sobre o tema de forma perfunctória. De um lado, defende-se a soberania do princípio da legalidade, que restringiria profundamente a atuação das partes, em especial da instituição acusatória. De outro, a doutrina minoritária entende que, no âmbito da colaboração premiada, há regras próprias, diversas do sistema processual penal clássico, as quais legitimariam uma atuação discricionária por parte do Ministério Público.

Constatou-se que a corrente majoritária, de forma geral, tende-se a restringir à afirmação do princípio da legalidade, não desenvolvendo a questão sob outros aspectos. Já a outra corrente, apesar de tecer considerações mais elaboradas, também deixa lacunas, especialmente quando se tenta afirmar que subsiste a individualização da pena quando da pactuação dos acordos entre as partes. Nesse sentido, o estudo doutrinário tem de avançar, estando num estágio ainda inicial do debate.

Analisaram-se, de igual modo, cláusulas em espécie. Nesse âmbito, concluiu-se que, na maior parte dos casos, a pactuação de sanções premiaias extralegais seria benéfica para as partes e para o próprio instituto. Isso porque os benefícios previstos em lei são insuficientes, de forma que a lei permite maior margem para a negociação, bem como possibilita que as disposições contratuais atinjam situações específicas de cada colaborador, não acobertadas pelo genérico texto legal. A redação das cláusulas, por sua vez, deve ser de especial atenção dos contratantes, para que não pare dúvida ou insegurança acerca do conteúdo do que restou acordado.

Dessa forma, seriam lícitas cláusulas como (i) suspensão das ações penais que ainda tramitem contra o colaborador, após atingido determinado limite de pena; (ii) regimes de cumprimento de pena diferenciados; (iii) proibição de contato do colaborador com outros investigados ou corréus pelas condutas relatadas no âmbito do acordo; e (iv) medidas peculiares para determinado colaborador, como proibição de trabalhar, de qualquer forma, direta ou indiretamente, em atividades relacionadas à função do colaborador no âmbito da organização criminosa.

Ademais, verificou-se que há um espaço de consenso quanto à questão. Não há quem defenda, seja na doutrina, seja na jurisprudência, que a esfera de negociação é ilimitada. Até as concepções mais expansivas do instituto reconhecem que deve haver limites, ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a busca por um critério genérico de restrições à autonomia das partes parece ser inócua, uma vez que esses parâmetros costumam ser tão subjetivos que beiram a arbitrariedade. Contudo, ainda assim se faz necessária a fixação de limites, para que se preservem os direitos do colaborador e o próprio instituto da colaboração premiada.

Dessa forma, concluiu-se que são flagrantemente ilegais cláusulas (i) que prevejam penas vexatórias e/ou desumanas; (ii) que impeçam ou criem obstáculos para o exercício do direito de defesa do colaborador, como as determinam renúncia à impetração de *habeas corpus*, ao exercício do contraditório e à interposição de recursos; (iii) que prevejam a chamada “equalização de pena”, a qual corrompe a natureza sinalagmática do acordo; (iv) que determinem ou possibilitem o cumprimento antecipado de pena pelo colaborador, visto que ainda não há certeza quanto ao tamanho da sua reprimenda, que só será arbitrada na sentença.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?** IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organizações criminosas: Lei n. 12.850/2013.** São Paulo: Saraiva, 2014

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF.** IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO EM HABEAS CORPUS. RHC nº 76.026/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 11/10/2016

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HABEAS CORPUS. HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 4.2.2016.

_____. HC nº 99.736/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/5/10.

_____, INQUÉRITO. Inq 4405 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 04-04-2018 PUBLIC 05-04-2018

_____, QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO, PET 7074 QO/DF, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2018 PUBLIC 03-05-2018.

_____, PETIÇÃO, Pet nº 5952/DF, Rel. Min. Teori Zavascki

_____, Pet 6049, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 14/04/2016, publicado em DJe-077 DIVULG 20/04/2016 PUBLIC 22/04/2016

_____, Pet nº 6533/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia

_____, Petição nº 7085/DF, Rel. Min. Luiz Fux.

_____, Petição nº 7210. Relator: Min. EDSON FACHIN.

_____, Petição nº 7265. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, decisão proferida em 14/11/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361861>. Acesso em 28/5/2019

_____, RECLAMAÇÃO, Rcl nº 21258 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 19-04-2016

_____, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016

BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Comentários à Lei 12.850/2013**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CALLEGARI, André Luís. LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

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

CASTRO, Matheus Felipe de. **Abrenuntio Satanae! A colaboração premiada na lei n. 12.850/2013: um novo paradigma de sistema penal contratual?**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 171-219., abr./jun. 2018. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143580. Acesso em: 8 jun. 2019.

CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013**. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**. 4ª Ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. **Os benefícios legais da colaboração premiada**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1 pp. 107-144, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. O “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”? C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA; Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação** – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei n. 12.850/2013. Salvador: JusPodivum, 2015

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 15ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 48

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 35. ed. — São Paulo : Saraiva, 2014

_____. Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 98-102., ago./set. 2005. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123656>. Acesso em: 17 mai. 2019

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª Ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2014

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. **A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=106451>. Acesso em: 17 mai. 2019.

MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito / Rodrigo Freitas Palma**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016

ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração premiada: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador**. Florianópolis: EMais, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2ª ed., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WUNDERLICH, Alexandre. **Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos**. IN BOTTINI, Pierpaolo Cruz. MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade.** Rio de Janeiro: Revan, ano 1. V. 1, 1996