



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA– IDP
ESCOLA BRASILIENSE DE DIREITO

MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

GISELA BORGES DE ARAÚJO CARNEIRO

**ANÁLISE DO SISTEMA DE PREMIALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO
PREMIADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

BRASÍLIA

2021

GISELA BORGES DE ARAÚJO CARNEIRO

**ANÁLISE DO SISTEMA DE PREMIALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO
PREMIADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Dissertação apresentada ao Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa- IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari.

BRASÍLIA

2021

GISELA BORGES DE ARAÚJO CARNEIRO

**ANÁLISE DO SISTEMA DE PREMIALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO
PREMIADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa- IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília, 23 de abril de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Luís Callegari
Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa- IDP

Prof. Dra. Carolina Costa Ferreira

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa- IDP

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Afllen da Silva

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao meu estimado orientador, Professor Dr. André Callegari, referencial de excelência no Direito Penal, com merecido reconhecimento internacional, pelo enorme incentivo e por ter lançado as diretrizes fundamentais da pesquisa. É realmente uma honra ser sua orientanda. Registro minha profunda admiração!

Ao sócio, professor e amigo fraterno Gamil Föppel pelas lições de Direito Penal, desde quando fui sua aluna na Faculdade de Direito da UFBA, e pelo constante aprendizado na advocacia criminal. Seu exemplo e dedicação são fontes de inspiração.

Aos professores do IDP, de quem tive a honra de ser aluna e que engrandecem a instituição, conferindo ao Programa de Pós-Graduação a marca da excelência.

Agradeço de forma especial à minha família, a quem dedico todas as minhas conquistas. Sem o apoio e incentivo de meu marido, minha mãe, minha irmã, este trabalho não seria possível.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é discutir e analisar o sistema de premialidade do acordo de colaboração premiada, previsto na Lei 12.850/2013, à luz do princípio da legalidade e seus princípios corolários. A pesquisa se justifica diante da prática negocial brasileira, que dissociou os prêmios firmados por meio de acordos de colaboração da estrita previsão legal, tendo sido concedidos diversos prêmios extralegais, a exemplo de penas com regime diferenciado, progressão de regime com regras próprias, concessão de vantagens patrimoniais ao colaborador, dentre outros, fenômeno que se verificou com intensidade no contexto da Operação Lava Jato, inclusive por meio de decisões proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, expressamente referidas e analisadas no presente estudo. É premente verificar quais critérios devem orientar a concessão de prêmios ao colaborador de acordo com a estrutura processual brasileira, considerando que a legislação de regência expressamente elenca os prêmios previstos a partir da efetiva colaboração do réu. A pesquisa analisa o regime jurídico do negócio jurídico processual em matéria penal, demonstrando que a natureza negocial não implica disposição ampla sobre o objeto do acordo. Demonstra-se, na sequência, que, por força do princípio da legalidade, princípio estruturante do direito público, e seus princípios derivados aplicados ao direito e processo penal, especificamente o princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, jurisdicionalidade e legalidade das penas, é o sistema de premialidade legal que se mostra compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo proscrita a concessão de prêmios extralegais.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Lei 12.850/2013. Negócio Jurídico Processual. Princípios da Legalidade. Sistema de legalidade dos prêmios.

ABSTRACT

The objective of this essay is to discuss and analyze the awarding system of state's evidence, provided by Law n. ° 12.850/2013, in the light of the legality principle and its corollary principles. The research is justified by the Brazilian award negotiation practice, which has dissociated the awards granted by collaboration agreements from their strict legal provision, having been signed several extra-legal prizes, such as criminal penalties with differentiated regime, own-ruled regime progression, concession of patrimonial advantages to the collaborator, among many others, phenomenon that was intensified in the context of "Operação Lava-Jato", even by the Supreme Federal Court decisions, expressly referred and analyzed in the present study. It is necessary to verify which criteria should guide the awarding of prizes to the collaborator according to the Brazilian procedural structure, considering that the governing law expressly lists the predicted awards based on the defendant's effective collaboration. The research analyzes the legal regime of the procedural contract in criminal matters, demonstrating that its negotiational nature does not imply a broad provision on the object of the agreement. Following, it's demonstrated that, by the virtue of the legality principle, a structuring principle of public law, and its derived principles applied to criminal law and procedure, specifically the principle of obligatoriness and unavailability of the criminal prosecution, jurisdictionality and legality of criminal penalties, pointing that the system of legal premiality is compatible with the Brazilian criminal structure and procedural law, being prohibited the granting of extra-legal prizes.

Keywords: State's Evidence; Law 12.850/2013; Procedural Contract; Principles of Legality; Legality system of prizes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO: ASPECTOS NECESSÁRIOS PARA COMPREENSÃO DO INSTITUTO	15
1.1 Breve conceituação do instituto da colaboração premiada	15
1.2 Legislação brasileira da colaboração premiada: a Lei 12.850/2013 como marco normativo do instituto	21
1.3 Previsão legal dos prêmios do colaborador na Lei 12.850/2013: inexistência de lacuna normativa quanto ao tema.....	29
1.4 Exposição crítica de alguns dos acordos firmados no bojo da denominada Operação Lava Jato e o posicionamento jurisprudencial pela possibilidade de concessão de benefícios extralegais.....	32
1.4.1 <i>Acordos firmados por meio da PET 5.210 e 5.244, homologados perante o Supremo Tribunal Federal, e o posicionamento do Tribunal nos paradigmáticos acórdãos proferidos no HC 127.483 e na Questão de Ordem da PET. 7.074</i>	34
1.4.2 <i>A título exemplificativo: análise de acordo firmado após a edição da Lei 13.964/2019</i>	40
1.4.3 <i>Crítica à Orientação Conjunta nº 01/2018, expedida pelo Ministério Público Federal</i>	42
1.4.4 <i>Notas conclusivas acerca da realidade negocial brasileira</i>	43
2 NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS	45
2.1 Colaboração Premiada como meio de obtenção de prova no processo penal.....	49
2.2 Notas conceituais sobre do negócio jurídico.....	55

2.3	Características do Negócio Jurídico Processual.....	58
2.4	Repercussões da característica negocial nas cláusulas do acordo de colaboração premiada	63
3	DO SISTEMA DE PREMIALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: NORMATIVIDADE DOS BENEFÍCIOS A SEREM CONCEDIDOS AO RÉU COLABORADOR	67
3.1	Princípio da Legalidade: Princípio estruturante do Estado Democrático de Direito	68
3.2	Princípio da Legalidade no Direito Penal e no Direito Processual Penal e sua compreensão sob o prisma de princípio geral do direito público.....	70
3.3	Princípio da Obrigatoriedade e Indisponibilidade da Ação Penal.....	74
3.4	Princípio da jurisdicionalidade da pena	84
3.5	Limites decorrentes do princípio da legalidade das penas: impossibilidade de criação de modalidades de sanção não previstas em lei.....	92
3.6	Por um sistema de premialidade legal dos acordos de colaboração premiada: vedação à concessão de benefícios não previstos em lei.....	97
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	118
	REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

O sistema processual penal brasileiro não tem por tradição a utilização de mecanismos negociais, uma vez que é de matriz *civil law*, estruturado sob o princípio da legalidade da ação penal, especialmente sob o viés da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. Os acordos entre acusação e defesa foram inseridos recentemente, alinhados a uma tendência mundial de expansão do consenso no processo para atender aos anseios efficientistas frente à elevada demanda de procedimentos criminais e necessidade de desvelamento de delitos considerados de maior complexidade, através de acordo com o investigado/acusado.

A colaboração premiada¹, objeto de estudo deste trabalho, insere-se nesse contexto mundial de ampliação dos acordos no processo penal, mediante a inserção de mecanismos típicos do sistema da *common law*, mas cuja aplicação no ordenamento jurídico brasileiro demanda profunda reflexão, a fim de que sejam estabelecidos critérios adequados de conformidade com a ordem constitucional.

Com a edição da Lei n.º 12.850/2013, o instituto ganhou uma disciplina normativa mais densa (ainda que continue lacunosa em alguns aspectos), uma vez que, até então, a “delação premiada”, como era referida, encontrava previsão em dispositivos esparsos, sem qualquer normatização quanto ao aspecto processual. O novo diploma processual, somado à denominada “Operação Lava Jato”², propiciou a expansão do instituto da colaboração premiada, meio de

¹ O termo “colaboração premiada” foi inserido de forma expressa na Lei 12.850/2013, mas há forte divergência doutrinária a respeito da sua utilização. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Gabriella Saad Azevedo entendem que o legislador buscou excluir a visão pejorativa da palavra “delação”, asseverando que a palavra “colaboração” seria imprópria, uma vez que “o colaborador só colabora porque, antes, delata e, assim, pretende-se retoricamente confundir o desavisado, ao dar um revestimento linguístico impróprio e desonesto, uma vez que o significado escolhido (colaborador) não dá conta do significado (delação)” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; AZEVEDO, Gabriella Saad. *A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada* (lei nº 12.850/13). In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flávio Mirza (org.). **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988**. 1. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 227–240.). A despeito da pertinência da crítica do autor, que é compartilhada por outros doutrinadores (vide BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: lei n. 12.850/2013**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.), optou-se, neste trabalho, pela utilização da terminologia “colaboração premiada” por ser a positivada na Lei 12.850/2013, identificando o instituto que se pretende tratar, uma vez que o objeto de estudo se volta especificamente ao instituto positivado na Lei 12.850/2013, não abrangendo institutos negociais previstos em outras legislações. Contudo, por vezes, pode ser utilizado o termo delação, por se entender que a carga semântica da expressão revela o mesmo fenômeno.

² No sítio eletrônico do Ministério Público Federal foi criado um espaço exclusivamente destinado à revelação de dados da mencionada operação, da qual consta a seguinte descrição: “A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro, em São Paulo e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função. Ainda há equipes da operação atuando nos Tribunais Regionais

obtenção de prova que tem sido largamente utilizado no contexto da referida investigação que, exatamente em virtude da grande dimensão, projeta seus efeitos sobre todo o sistema de justiça criminal pelo efeito multiplicador gerado pela superexposição midiática³ e pela expressão política e econômica dos envolvidos, aliada ao fato de que, em virtude de muitos investigados possuírem foro por prerrogativa de função na mais alta corte do país, os julgamentos efetuados pela Suprema Corte se tornaram referência sobre o tema.

A vasta utilização desse meio de obtenção de prova no contexto da referida operação policial, como se primeira técnica de investigação fosse, o que é comprovado pelos números apresentados pela denominada “Força Tarefa” da Lava Jato em seu sítio institucional e os entendimentos jurisprudenciais firmados em relação à aplicação do instituto, trouxe preocupação doutrinária quanto à prática negocial que se estava implementado no sistema de justiça criminal brasileiro. Sublinhe-se que, somente na referida operação, de acordo com informações oriundas do sítio eletrônico do próprio Ministério Público Federal, foram homologados 183 acordos pelo Supremo Tribunal Federal, 209 acordos pela 13ª Vara Federal de Curitiba, 37 acordos pelas Seção Judiciária do Rio de Janeiro e 10 acordos pela Seção Judiciária de São Paulo⁴.

A partir da dimensão numérica do número de acordos, não é equivocado dizer que a Operação Lava Jato foi construída tendo por pilar as colaborações premiadas em conjunto com as prisões processuais, que, também de acordo com o sítio eletrônico do Ministério Público Federal, apenas em Curitiba, foram quase 400 mandados de prisão e 211 de condução coercitiva⁵ (determinadas antes do julgamento das ADPFs 395 e 444 pelo Supremo Tribunal

Federais das 2ª (RJ/ES) e 4ª (RS/SC/PR) Regiões. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados.”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso: Lava Jato. MPF. Brasília, 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em: 10/04/2021.

³ Nesse sentido, “o uso frequente da colaboração premiada na operação Lava Jato levou a imprensa brasileira a colocar o instituto e os fatos por ele revelados na pauta do cotidiano jornalístico. (MANZANO, Luis Fernando de Moraes; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. *In*: VAZ, Denise Provasi *et al.* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 197–210.)

⁴ A informação quanto ao número de acordos consta do sítio eletrônico do Ministério Público Federal com acesso em 10/04/2021, mas não especifica o lapso temporal no qual foram firmados tais acordos.

⁵ Cumpre mencionar que, em relação às conduções coercitivas, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedentes as ADPFs 395 e 444, para “declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP”. O julgamento colegiado ocorreu no dia 14/06/2018, mas desde 19/12/2017 já havia sido deferida liminar pelo Ministro Gilmar Mendes vedando a condução coercitiva para interrogatório. Dessa forma, é importante advertir que o número apresentado em relação às conduções coercitivas se restringe a período anterior a 19/12/2017.

Federal), números sintomáticos da aproximação entre colaborações premiadas e prisões provisórias, em nítida expressão de efficientismo no processo penal. Os expressivos números falam por si e demonstram a necessidade de aprofundamento dogmático no instituto, especialmente em relação à conformidade constitucional das cláusulas dos acordos.

A partir da análise de alguns dos acordos firmados pela Operação Lava Jato e das críticas doutrinárias que se ergueram em face destes, percebe-se que a recente prática negocial brasileira é marcada pelo distanciamento em relação às previsões legais no que tange à concessão de prêmios e imposição de obrigações ao réu colaborador. A celebração do acordo de colaboração premiada foi compreendida pelo Ministério Público como espaço de exercício de ampla e ilimitada autonomia da vontade, culminando em acordos realizados com ampla margem de disposição e homologados pelo Poder Judiciário, alguns, inclusive, perante o Supremo Tribunal Federal, conquanto suas cláusulas apresentassem evidente desacordo com as disposições legais pertinentes à concessão de benefícios aos réus delatores, firmando uma *práxis* que desafia a estrutura do direito penal e processual penal brasileiro.

Também em virtude dos acordos firmados no bojo da Operação Lava Jato, envolvendo diversas autoridades com prerrogativa de foro, o Supremo Tribunal Federal foi de logo instado a firmar entendimento sobre as questões surgidas a partir da aplicação do instituto da colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013, especialmente no julgamento do Habeas Corpus 127.483 e, posteriormente, na Questão de Ordem na PET 7.074. Nesse aspecto, é importante salientar que o pronunciamento da Suprema Corte sobre a matéria se deu sem o prévio amadurecimento doutrinário sobre o tema, exatamente por se tratar de instituto relativamente novo no sistema jurídico brasileiro e cuja submissão a mais alta instância do país, no exercício da competência originária, se deu logo após editada a nova legislação.

Os julgados supra indicados firmaram a dúplici natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, que foi reconhecido como meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual personalíssimo (importante mencionar que a Lei 13.964/2019 corroborou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à natureza negocial do instituto, passando a prever no art. 3-A da 12.850/2013, de forma expressa, que a colaboração premiada se trata de negócio jurídico processual). Especificamente em relação ao HC n.º 127.483, observa-se que este negou aos delatados o direito de impugnação das cláusulas do acordo ao passo que aceitou como válidos prêmios não previstos em lei, sob o argumento de que a natureza negocial comportaria o poder de disposição das cláusulas do acordos, o que incluiria a previsão de benefícios extralegais. Por sua vez, os debates havidos por ocasião do julgamento da PET

7.074, especialmente pela manifestação do Ministro Gilmar Mendes, lança luzes acerca do conteúdo dos acordos de colaboração marcados pela concessão de prêmios atípicos.

O Supremo Tribunal Federal, através de julgado exarado pela Primeira Turma, no Agravo Regimental do INQ. 4405, entendeu que descaberia invocar o princípio da legalidade dos prêmios do acordo, diante da função de garantia do princípio, que não poderia incidir em prejuízo ao garantido, segundo os termos do acórdão. Outro argumento comumente suscitado para permitir a concessão de prêmios não previstos em lei seria a chamada “teoria dos poderes implícitos”, preconizando que, se ao juiz seria permitido até mesmo a concessão de perdão judicial, haveria um espaço de disposição dos benefícios no acordo que se desprenderia do rigor legal.

Os julgados supra referidos, proferidos pelo Supremo Tribunal, se tornaram referências na aplicação do instituto, propiciando que o modelo de benefícios extralegais encontrasse, na convalidação da Suprema Corte, uma aparente e – equivocada- legitimidade⁶, o que, decerto, ensejou a edição da Orientação Conjunta nº 01/2018⁷, editada pelo Ministério Público Federal, por meio da qual são estabelecidas diretrizes aos membros dos órgãos quanto à celebração dos acordos, contendo ampla disposição sobre os benefícios a serem concedidos. O que se percebe é que o caráter negocial do instituto foi equivocadamente confundido com ausência de limites legais para a celebração do pacto, concepção que foi fortalecida pelo posicionamento externado pelo Supremo Tribunal Federal na homologação de acordos emblemáticos, conforme se verá no desenvolvimento deste trabalho.

Nesse contexto é que se coloca o problema do presente trabalho, especificamente jungido a estudar quais os limites de legalidade das cláusulas do acordo de delação premiada no que concerne às sanções premiais concedidas ao delator. É premente verificar quais critérios devem orientar a concessão de prêmios ao delator do acordo com a estrutura processual brasileira, considerando que a legislação de regência expressamente elenca os prêmios previstos a partir da efetiva colaboração do réu.

⁶ Isso porque, no Brasil, é comum que as decisões judiciais se apresentem como fontes de criação do direito, fenômeno referido por Lênio Streck, com apoio na doutrina do jurista alemão Mathias Jestaedt, como “positivismo jurisprudencialista”, identificado como uma cultura jurídica cuja função é reproduzir as decisões proferidas pelos tribunais, que se sobrepõe às reflexões doutrinárias. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 106).

⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Acordos de Colaboração Premiada, 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em 20/03/2021. O teor da referida Orientação será detidamente analisado no desenvolvimento deste trabalho.

Para tanto, o primeiro capítulo se propõe a traçar um panorama da colaboração premiada no direito brasileiro, indicando as normas positivadas quanto à concessão de prêmios ao colaborador na Lei 12.850/2013, especialmente aquelas introduzidas a partir da edição da Lei 13.964/19, que trouxe alterações relevantes em relação ao objeto deste trabalho, com clara sinalização para uma “cultura de legalidade dos benefícios”⁸, o que será confrontado com a prática negocial brasileira a partir da análise de alguns dos acordos firmados no bojo da denominada Operação Lava Jato⁹, cujas razões de escolha serão explicitadas no tópico pertinente. Também no capítulo inicial, serão expostos os argumentos utilizados por aqueles que defendem a abertura do sistema negocial para abarcar a previsão de sanções não previstas em lei.

Em sequência, será analisada a dúplici natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, que configura meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual, o que demanda, sob esse segundo aspecto, o estudo de conceitos da Teoria Geral do Direito, para se perquirir se a natureza negocial do acordo de colaboração premiada compreende, necessariamente, o poder de disposição pelas partes quanto ao seu conteúdo, como foi assentado pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes acima indicados.

Superado o aspecto acima, chega-se ao capítulo principal do presente trabalho, quando o problema da pesquisa será analisado a partir dos princípios nucleares do processo e do direito penal brasileiro, especialmente o princípio da legalidade e seus corolários, obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, jurisdicionalidade e legalidade das penas. Buscar-se-á definir, a partir do conteúdo destes princípios, se o estabelecimento de sanções premiais não previstos em lei para o acordo de colaboração premiada se conforma à estrutura do direito penal e do processo penal brasileiro.

A discussão se mostra deveras relevante em virtude da utilização desregrada do instituto no cenário brasileiro, contando, inclusive com Orientação Conjunta expedida pelo Ministério Público Federal, de nº01/2018, que revela o confesso descompromisso dos benefícios com as previsões legais, como se ao ente celebrante fosse conferido o poder de dispor das penas, determinar o início do cumprimento antes do final do processo, suspender prazos prescricionais,

⁸ A expressão “cultura de legalidade dos benefícios” é trazida por Maria Elizabeth Queijo, a partir da doutrina italiana de Alessandro Bernasconi (QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e sua decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259).

⁹ A escolha dos acordos abordados será pela relevância destes. Não será feita uma análise quantitativa, mas apenas uma exposição de cláusulas com o escopo de demonstrar a realidade da aplicação do instituto no Brasil, uma vez que a presente pesquisa não se trata de pesquisa empírica.

criar regimes diferenciados de cumprimento de pena, estabelecer normas próprias acerca da progressão de regime, dentre outras cláusulas constantes dos acordos, expressamente referidas pelo mencionado normativo como preferenciais, mas que não encontram amparo legal.

Dessa forma, analisar-se-á qual o sistema de premialidade que se mostra compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, se o de premialidade legal ou de premialidade negocial, o que será feito a partir do estudo do princípio da legalidade e de seus princípios derivados, que norteiam o direito e o processo penal brasileiro.

Esclareça-se, por fim, que este trabalho se restringe especificamente ao estudo do regime jurídico dos benefícios de acordos firmados sob a égide da Lei 12.850/2013, diploma legal que é considerado marco de regulamentação da colaboração premiada no direito brasileiro, a despeito da existência de previsões esparsas anteriores concernente a prêmios a réus delatores, mas que não contavam com normas procedimentais. Por isso, a análise efetuada tem por objeto o acordo previsto na Lei 12.850/2013, não adentrando a disciplina de outros diplomas.

Explicitado o problema da pesquisa, cabe iniciar a exposição do tema, com o escopo de contribuir para o estudo dos contornos de legalidade da colaboração premiada na realidade brasileira.

1. COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO: ASPECTOS NECESSÁRIOS PARA COMPREENSÃO DO INSTITUTO

1.1 Breve conceituação do instituto da colaboração premiada

Em linhas iniciais, é preciso apresentar o objeto de estudo deste trabalho, conceituando-o e abordando, ainda que de forma breve, suas notas distintivas em relação a outros institutos existentes no âmbito do direito penal premial.

Entende-se como expressão do direito penal premial todos os institutos que “se caracterizam como facilitadores da persecução penal por meio do incentivo à resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso”¹⁰. As referências ao direito penal premial ou negocial, neste trabalho, abrangem, portanto, os institutos da barganha, transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal e a colaboração premiada. Também se entende que esses institutos se instrumentalizam através do consenso entre as partes, porquanto sempre envolvem, de alguma forma, a exteriorização do autorregramento da vontade na opção pela sua celebração ou não.

Nesse sentido, pode-se dizer que, hodiernamente, o processo penal brasileiro experimenta uma expansão dos espaços de consenso, reflexo da tendência mundial efficientista¹¹. Ao invés de diminuir a demanda penal através da despenalização de condutas, a política criminal se orienta à resolução pela via do processo penal, mediante a ampliação da utilização dos acordos com os imputados. A colaboração premiada emerge, portanto, uma das expressões desse modelo, típico dos sistemas da *common law*, mas que tem sido incorporado, com mitigações, pelos países de tradição *civil law*, como o Brasil¹².

¹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 25.

¹¹ Nefi Cordeiro, analisando a colaboração em sistemas jurídicos, observa que a barganha americana serviu de modelo para diversos países, sendo resultado de um inesperado número muito alto de processos criminais, o que levou à necessidade de respostas rápidas, assinalando, ainda, que não obstante as críticas pela redução das garantias processuais, é um modelo que apresenta celeridade e eficiência. Também o *patteggiamento* italiano, segundo o autor, objetivou a eficiência persecutória e diminuição do crescente volume de processos penais, seguindo o modelo americano. (CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 59.)

¹² Nesse sentido, LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 19, 2017.

Segundo Frederico Valdez Pereira¹³, a colaboração premiada consiste na revelação de elementos importantes por coautor do delito que permitam às autoridades desbaratar organizações criminosas ou esclarecer delitos graves, em troca de benefícios processuais, distinguindo-se da simples “incriminação de terceiros”, porquanto haveria necessidade de demonstração da seriedade da atitude, além da inserção do colaborador em um estatuto próprio, diverso dos demais corréus, já que ele confessa a prática criminosa e renuncia ao direito ao silêncio. O autor aduz, ainda, que a colaboração premiada é uma “técnica de investigação sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando o ingresso cognitivo dos órgãos de persecução penal no interior da organização criminosa”¹⁴.

Desse modo, a colaboração premiada pressupõe um acordo entre acusação e defesa, por meio do qual esta abandona sua tradicional posição de resistência e se alinha à acusação, reconhecendo a prática de fatos criminosos, apresentando elementos probatórios ou indicando a forma de obtê-los, mediante a incriminação de terceiros, em troca de benefícios processuais e substanciais. Trata-se, assim, de uma das espécies de negociação no processo penal, marcado por notas distintivas em relação a outros mecanismos do direito penal negocial, especialmente pela finalidade probatória e envolvimento de terceiros.

No processo penal brasileiro, pode-se considerar como marco legislativo que regulamenta a figura do acordo entre réu e Ministério Público, a Lei n.º 9.099/95¹⁵, que concretiza a previsão constitucional constante do art. 98, I, da CFRB¹⁶, disciplina os institutos da composição civil, transação penal e da suspensão condicional do processo¹⁷. Conquanto não constitua objeto de estudo deste trabalho a análise pormenorizada da transação penal e da

¹³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 43.

¹⁴ *Ibidem*. p. 49.

¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19.

¹⁶ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

¹⁷ Em relação à inserção do instituto da delação premiada no ordenamento brasileiro, a Lei 7.492 apresenta a seguinte previsão: “Art. 25, § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor 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. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)”. Contudo, se trata de instituto diverso da previsão contida na Lei 9.099/95, uma vez que é este diploma que estabelece uma via propriamente de negociação entre as partes no processo penal, instituindo um sistema negocial para as infrações de menor potencial ofensivo.

suspensão condicional do processo, não se pode deixar de pontuar sua importância histórica para evolução dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, contexto no qual se insere a colaboração premiada, embora sejam institutos que apresentam dimensões e propósitos diversos.

Enquanto a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo atendem a uma política de desencarceramento e desafogamento do sistema de justiça criminal frente à elevada demanda de casos criminais, prestando-se à racionalização de recursos humanos envolvidos na persecução penal, a colaboração premiada se volta a setor específico da justiça penal: os crimes mais graves, em sua maioria aqueles praticados por organizações criminosas, no quais o Estado, buscando eficiência investigativa, precisa se valer de informações prestadas por criminoso confesso, integrante daquela associação, a fim de obter êxito na persecução penal¹⁸.

Isto é, se por um lado a transação penal se direciona a delitos de pequeno potencial ofensivo, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A¹⁹ do Código de Processo Penal, recentemente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.964/2019, têm aplicação a delitos de médio potencial ofensivo, os acordos de colaboração premiada se inserem nos chamados mecanismos de enfrentamento a criminalidade organizada, expressando o efficientismo da resposta penal a partir da investigação, mediante cooptação do investigado/denunciado a fim de auxiliar o Estado no desvendamento dos delitos considerados mais graves. Decerto, a celebração do acordo só será útil ao Estado diante do reconhecimento do seu fracasso investigativo em relação àqueles delitos e da consequente necessidade de informações obtidas do colaborador, porquanto se o Estado conseguisse obter provas por outros meios, o acordo com o criminoso confesso não se justificaria.

Augusto Jobim do Amaral²⁰, afirma que o instituto, que ganhou inédito protagonismo no Brasil, deflui do caldo de cultura autoritário, que tradicionalmente marca o processo penal

¹⁸ Nesse sentido, CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 95.

¹⁹ Redação vigente, incluída pela Lei n.º 13.964/2019:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]

²⁰ AMARAL, Augusto Jobim. A delação nos sistemas punitivos e seus reflexos no Brasil. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flávio Mirza (org.). **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 73–90, p. 73.

brasileiro, “a partir de uma rotina naturalizada de violência institucionalizadas e amparada categoricamente- não apenas por largo espectro midiático, mas por discursos criminológicos prontos a legitimar o poder punitivo”. De fato, a expansão da colaboração premiada no cenário brasileiro vem acompanhada da difusão do discurso punitivista, sob o viés utilitarista de insuficiência dos meios tradicionais de investigação, conforme revela o posicionamento de Cibele Benevides Guedes da Fonseca²¹. Vale dizer, o instituto não tem por finalidade precípua fortalecer soluções consensuais no processo penal, mas sim aparelhar os órgãos de investigação de informações prestadas por um dos sujeitos investigados e, por isso, se revela como uma expressão de eficientismo processual penal com traços medievais de supervalorização da confissão²².

Também destacando as diferenças de objetivo entre os institutos, Nefi Cordeiro²³ destaca que a negociação em relação aos crimes leves serve ao propósito de desburocratização, enquanto nos crimes graves apresenta como pretensão facilitar a investigação e a produção probatória.

Mas há, ainda, uma diferença mais marcante entre mecanismos negociais supra indicados. Trata-se do fato de não haver, nos institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal, condenação em face do réu que celebra o acordo. Nestes casos, os acordos incidem sobre o processo, permanecendo hígido o princípio da presunção de inocência, porquanto o acordo não ensejará a prolação de uma sentença condenatória. Os acusados que se valem de tais institutos não negociam propriamente uma pena, mas sim benefícios que evitarão uma decisão de mérito em relação ao fato supostamente criminoso. Veja-se que a transação penal e a suspensão condicional do processo não exigem nem mesmo a confissão do acusado. O acordo de não persecução penal, em que pese pressupor a confissão, não ensejará aplicação de pena ao réu, tampouco sua adesão importará em cumprimento de pena privativa de liberdade e será considerada como condenação.

²¹ A referida autora aduz: “Os clássicos modelos investigatórios e de obtenção de provas, como oitiva de testemunhas, apreensão de documentos, coleta de digitais e realização de perícias são insuficientes para combater as organizações criminosas. Estas despontam hoje com o uso de avançados meios tecnológicos para planejamento secreto de crimes e para o branqueamento das divisas ilegalmente obtidas, tudo protegido pelo manto do silêncio dos seus componentes. Se ninguém fala, não haverá testemunhas”. (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 26).

²² Nesse sentido, Ricardo Sontag afirma “A historiografia jurídica, ao contrário de alguns estereótipos renitentes, já vem mostrando desde há muito que o coração da justiça criminal medieval era a negociação entre as partes”. (SONTAG, Ricardo. **Para uma história da delação premiada no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan-abr. 2019).

²³ Op. Cit. p. 54.

Por outro lado, no acordo de colaboração premiada, trabalha-se não apenas com a confissão do acusado, mas, em sua maioria de casos, a partir dessa confissão haverá prolação da sentença condenatória, excepcionada apenas nos acordos cujo prêmio concedido seja o não oferecimento de denúncia. Trata-se, portanto, de mecanismo negocial que se mostra mais agressivo em relação às garantias penais e processuais do sujeito passivo da persecução penal, que deverá abdicar de parte delas para celebração do acordo, a exemplo do direito de não produzir provas contra si mesmo com o risco de efetiva aplicação de pena privativa de liberdade. Por meio do acordo, o réu deve adotar uma postura ativa de auxílio à produção de provas acusatórias não apenas em desfavor de corréus, mas em relação a si próprio, o que constitui distinção relevante para o tratamento jurídico do instituto, que rompe com o modelo tradicional de processo penal.

Desse modo, ao passo que se trata de instituto voltado à criminalidade mais grave, a colaboração premiada também impõe maior afetação de direitos fundamentais, pressupondo sempre admissão de culpa e abandono da posição de resistência em relação à acusação, além de apresentar um viés probatório que se mostra igualmente relevante para o regime jurídico do instituto. Por meio dessa espécie de acordo, o acusado confessa o delito, indica elementos probatórios em troca de uma promessa de vantagem feita pelo Estado. Por isso, estudar a delimitação dessa promessa, se deve obediência a parâmetros legais ou não, é de especial relevância para harmonização do instituto à Constituição da República.

Como dito, dentre os instrumentos negociais do processo penal brasileiro, a colaboração premiada é o único que apresenta o desiderato de produção probatória. Os demais institutos ora mencionados se prestam à simplificação do procedimento, não havendo, propriamente, uma contrapartida dos acusados em relação ao Ministério Público. São institutos que atendem aos anseios de eficiência mediante a sumarização de procedimentos e, no caso do acordo de não persecução penal, com finalização antecipada do processo mediante admissão de culpa. A colaboração premiada, por sua vez, apresenta uma finalidade específica voltada à obtenção de provas que autoriza o acordo com o acusado para que este obtenha benefícios materiais e processuais, configurando uma situação de emergência investigativa, como destaca Frederico Valdez Pereira²⁴.

²⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 30.

Ou seja, diferente dos demais institutos, não se trata de um mero acordo entre acusação e defesa para diminuição da sanção, mas de um mecanismo de investigação que implica terceiros e produz efeitos probatórios no processo. Além disso, há outra peculiaridade consistente no fato de a colaboração envolver um compromisso de resultado, conforme se extrai do disposto no art. 4º, incisos I a V²⁵, da Lei n.º 12.850/2013, uma vez que, por meio da celebração do acordo, o imputado confessa a prática criminosa e se compromete a fornecer elementos incriminatórios relacionados a terceiros. Mais do que puramente um acordo para redução de pena, como o acordo de não persecução penal, a colaboração premiada configura expediente probatório que reverbera efeitos para além dos celebrantes, atingindo terceiros e produzindo efeitos de ordem processual.

A indicação dos elementos distintivos entre as ferramentas de consenso no processo penal brasileiro tem por finalidade destacar o maior grau de afetação de direitos ocasionado pela colaboração premiada, o que também servirá de premissa interpretativa para a hipótese de pesquisa, uma vez que não compreende apenas a concessão de benefícios ao réu, mas produz efeitos probatórios no processo e afeta, nesse aspecto, terceiros.

Na definição do sistema de premialidade dos benefícios, não se pode olvidar que a obtenção dos benefícios pelo delator se dá em virtude da carga probatória que ele direciona a outros imputados, saindo de sua posição de resistência, mediante a confissão de fatos e indicação de elementos úteis à investigação, concernentes a localização de bens, estrutura da organização criminosa, identificação de coautores, etc, ensejando, caso a hipótese acusatória seja confirmada, efetiva aplicação de pena ao próprio colaborador. Por isso, ampliar a vantagem legalmente prevista para obter elementos de prova é circunstância que traz justificada preocupação doutrinária. Como bem assevera Gilmar Ferreira Mendes, a colaboração premiada é uma fonte de conflito de direitos²⁶.

²⁵ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - A identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - A prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 620.

É essa perspectiva de constante contraposição de direitos, que difere a colaboração premiada dos demais mecanismos de consenso, que o instituto precisa ser analisado, uma vez que o réu colaborador, para lograr os prêmios, necessariamente terá que direcionar acusações a terceiros já que o acordo apresenta nítido viés probatório. Há uma necessária relação de causa e efeito entre acusações a terceiros, produção de provas acusatórias e obtenção de benefícios ao colaborador, o que demanda a análise de qual regime jurídico será aplicado nesse sistema de prêmios e se é compatível que com o sistema jurídico brasileiro que a acusação possa oferecer vantagens não previstas em lei para obter elementos probatórios. O que se coloca em discussão é se há os órgãos de persecução penal podem se afastar do regramento legal sob a justificativa utilitarista de obtenção de provas.

Após essa aproximação preliminar com o instituto, cabe analisar a disciplina normativa da Lei 12.850/2013, especificamente em relação aos prêmios/benefícios possíveis de serem obtidos a partir do acordo de colaboração premiada.

1.2 Legislação brasileira da colaboração premiada: a Lei 12.850/2013 como marco normativo do instituto

Feita essa breve conceituação do instituto e estabelecidos os conceitos preliminares que servirão à compreensão do problema do presente trabalho, passa-se a expor o regramento jurídico da colaboração premiada no direito brasileiro.

Conforme afirma Ricardo Sontag²⁷, as delações premiadas na década de 1990 não se apresentavam propriamente como institutos negociais, porquanto não se davam através da formalização de contratos²⁸. Embora a lei de proteção a vítimas e testemunhas de 1999 tenha previsto alguns institutos negociais, tendo sido referida no rumoroso caso do Banestado, ocorrido no ano 2000, no qual houve formalização de instrumento denominado acordo, que se tornou modelo para casos posteriores, inclusive da Lava Jato, o grande marco de regulamentação do instituto veio com a edição da Lei 12.850/2013.

²⁷ SONTAG, Ricardo. **Para uma história da delação premiada no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan-abr. 2019. No artigo, além de tratar da evolução mais recente do instituto, o autor se volta à análise da delação premiada no histórico caso de Tiradentes, salientando que a delação envolve “profundos estratos da nossa memória. Inquisição, totalitarismos, ditadura militar.”

²⁸ Nesse sentido, afirma Ricardo Sontag “A delação como fruto de negociações que se cristalizam em algo, no mínimo, semelhante a um contrato foi se desenhando paulatinamente ao longo das últimas décadas” (SONTAG, Ricardo. **Para uma história da delação premiada no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan-abr. 2019).

Numa linha evolutiva do instituto, pode-se dizer que a delação premiada encontra previsão no direito brasileiro recente²⁹, a partir da Lei n.º 7.492/86³⁰ e, posteriormente, foi sendo gradativamente inserida na legislação esparsa: Lei n.º 8.072/90³¹, Lei n.º 8.137/90³², Lei n.º .034/95³³ (revogada), Lei n.º 9.613/98³⁴, Lei n.º 9.807/99³⁵, Lei n.º 10.409/02³⁶, Lei n.º 11.343/06³⁷ e, finalmente, foi disciplinada pela Lei n.º 12.850/2013. No Código Penal, importante mencionar a previsão constante do Art. 159, §4º³⁸, alusiva ao delito de extorsão mediante sequestro, inserida pela Lei n.º 9.269/96³⁹.

Extrai-se, portanto, como característica comum às legislações anteriores à Lei n.º 12.850/2013, o caráter superficial da previsão do instituto negocial, inexistindo disciplina

²⁹ Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira, na obra “**Justiça penal negociada: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019”, identifica a origem da delação premiada nas Ordenações Filipinas, que trariam institutos similares, especificamente no crime “Lesma Majestade” que trazia uma espécie de perdão “aos malfeitores que derem outros à prisão”.

³⁰ Art. 25, § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor 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. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

³¹ Art. 8º, 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.

³² Art. 16, Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor 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. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

³³ 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.

³⁴ Art. 1º, § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

³⁵ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - A identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - A localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - A recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

³⁶ Art. 32, § 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

³⁷ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

³⁸ Art. 159, §4º. - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996)

³⁹ Sobre a evolução legislativa mencionada, conferir artigo de Ricardo Sontag, “**Para uma história da delação premiada no Brasil**”, publicado na Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan-abr. 2019.

normativa do procedimento a ser seguido para o acordo. Isto é, não havia, até então, normas processuais – ainda que incipientes – regulando o acordo, tratando-se de instituto mais afeto ao direito penal material, previsto em leis esparsas para determinados delitos.

A notável expansão da utilização da colaboração premiada como ferramenta utilizada em investigações se verifica, de fato, com a edição da Lei n.º 12.850/2013, vastamente utilizada em operações de grande repercussão nacional, a exemplo da Operação Lava Jato. Inclusive, a terminologia “colaboração premiada” surge com a Lei 12.850/2013, uma vez que até então, o termo sempre utilizado era “delação premiada”⁴⁰.

Acerca do impacto ocasionado pela edição da Lei n.º 12.850/2013, Callegari e Linhares⁴¹ ressaltam que, conquanto não tenha havido uma inovação quanto à lógica processual, tratou-se de um marco na regulamentação do acordo de colaboração premiada, que trouxe também uma repercussão maior a esse mecanismo negocial. De fato, é com a disciplina trazida pela Lei 12.850/2013 que o instituto se firma enquanto expressão de um direito penal negocial, ganhando contornos mais definidos e normas processuais, ainda que estas sejam ainda incipientes em alguns pontos.⁴²

Não obstante a significativa ampliação da normatização do instituto pela Lei 12.850/2013, este ainda é marcado por muitas lacunas, sobretudo no aspecto processual. Os institutos foram importados da legislação estrangeira, especialmente a americana e ainda estão em fase de maturação pela doutrina e jurisprudência⁴³, demandando reflexão quanto à harmonização destes com a estrutura processual de matriz continental que caracteriza o sistema brasileiro.

Veja-se, inclusive, que mesmo a Lei n.º 12.850/2013 não foi uma legislação editada com o escopo primordial de disciplinar especificamente a colaboração premiada. Tratou-se de legislação editada com a finalidade de tipificar o delito de organização criminosa e, nesse escopo, trouxe meios de investigação próprios a esta espécie delitiva, dentre os quais, a disciplina atinente à delação premiada, nominada, a partir de então, de colaboração premiada.

⁴⁰ A questão atinente à terminologia do instituto já foi abordada no capítulo introdutório.

⁴¹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 20.

⁴² Como exemplo de lacuna da legislação, observa-se a ausência de disciplina exauriente quanto às hipóteses e procedimento de rescisão do acordo.

⁴³ Sobre o transplante e tradução de institutos típicos do direito americano, ver LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 19, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>.

A ausência de uma disciplina específica e detalhada do instituto trouxe, na prática forense, dificuldades das mais variadas ordens, uma vez que se verificou a tendência de transplante⁴⁴ do instituto tal como concebido nos países do *common law*, incompatível com o processo penal estabelecido sob a matriz *civil law*. Especificamente, em relação ao tema do presente artigo, o que se verificou foi uma equivocada compreensão acerca da natureza negocial do instituto, propiciando o estabelecimento de prêmios não previstos em lei e, não raras vezes, até *contra legem*⁴⁵, o que abala os pilares do processo penal brasileiro.

Viu-se, assim, que a prática forense foi pródiga na criatividade quanto ao conteúdo dos acordos, aos prêmios oferecidos e obrigações impostas ao réu colaborador (aspecto que será abordado de forma profunda nos capítulos subsequentes) e quanto à própria celebração de acordos atípicos, que estabeleceram compromissos recíprocos, mas sem constituírem propriamente um acordo de delação premiada⁴⁶. Instaurou-se uma equivocada percepção de que a natureza negocial do instituto permitiria ampla disposição da persecução penal, abrindo espaço para pactos de atipicidade de pactos e cláusulas, especialmente no contexto da denominada Operação Lava Jato, que se valeu prioritariamente dos acordos firmados⁴⁷ para ampliação do seu espectro de atuação e deu maior visibilidade ao instituto.

Ainda expondo a evolução legislativa da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio, importa destacar que a Lei 12.850/2013 foi recentemente alterada pela Lei 13.694/2019, que trouxe maior disciplina normativa, sobretudo em relação ao procedimento, constituindo, dessa forma, um avanço no tratamento da matéria.

Especificamente em relação ao objeto de estudo deste trabalho, cabe destacar a novel previsão contida no §7º, II, do art. 4º, que estabelece a necessidade de adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos em lei e cominando de nulidade as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena, as regras de cada um dos regimes e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pela lei. No mesmo sentido, também o

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Nesse sentido, 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, [s. l.], v. 122/2016, p. 359–390, 2016.

⁴⁶ A conferir o noticiado acordo firmado pelo ex-Ministro Guido Mantega com o Ministério Público Federal, nominado de Termo de Compromisso, notícia disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/mantega-faz-acordo-para-entregar-informacoes-sobre-bndes-em-troca-de-nao-ser-presos.ghtml>>. Acesso em: 11/12/2020.

⁴⁷ Além das informações extraídas do próprio sítio eletrônico do Ministério Público Federal, o voto do Ministro Gilmar Mendes na Questão de Ordem da PET 7.074 tece severas críticas à forma como os acordos foram utilizados na justiça criminal brasileira especialmente no contexto da referida operação.

disposto no art. 4º, §7º-A⁴⁸, que prevê a análise fundamentada, pelo magistrado, do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Código Penal, para somente após aplicar o benefício, com exceção dos casos cujo prêmio seja o não oferecimento da denúncia.

Observa-se que a legislação, sobretudo com as recentes alterações, adota uma clara linha de contenção ao poder negocial das partes, atribuindo ao magistrado a competência para aplicação de benefícios, que devem ser precedidos da dosimetria da pena, com a necessária fundamentação. Ademais, a necessidade de adequação das cláusulas aos benefícios previstos no *caput* do art. 4º, sob pena de nulidade das que apresentarem desconformidade, é mais um claro vetor da adoção de um sistema de premialidade legal, que é a hipótese da presente pesquisa. Todavia, as premissas firmadas a partir da prática negocial brasileira e a jurisprudência construída sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mantêm aberta a discussão em torno da legalidade dos prêmios, consoante se demonstrará no capítulo próprio, porquanto o problema verificado reside justamente nos argumentos de ordem pragmática e utilitarista levantados por aqueles que visam à superação da previsão legal.

Acerca da relevância das alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019, André Callegari⁴⁹ observa que muitos acordos foram homologados em dissonância às penas e regime de execução previstos na legislação, o que constituía uma inovação jurídica, acentuando que os acordos eram quase contratos de adesão, sem margem de discussão. Na visão dele, essas situações devem ser mitigadas com a edição da Lei 13.964/2019, que fortaleceu os aspectos de legalidade do acordo, porquanto a decisão de homologação deixa de ser superficial e passa a exigir do magistrado maior profundidade no exame do mérito do acordo, devendo verificar a conformidade das sanções premiaias com o ordenamento jurídico penal.

Callegari⁵⁰ destaca, ainda, outra importante mudança trazida pela Lei n.º 13.964/2019, consubstanciada na obrigatoriedade de oitiva sigilosa do colaborador pelo magistrado para aferição da voluntariedade, diligência especialmente importante nos casos de delator preso, uma vez que alterou a expressão ‘podendo’ para ‘devendo’ ouvir. Ou seja, agora essa audiência do

⁴⁸ §7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#) e do [Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#).

⁴⁹ CALLEGARI, André Luís. Principais alterações feitas pela Lei no 13.964/2019 quanto ao instituto da colaboração premiada. In: TAVARES, João Paulo Lordelo (org.). **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

⁵⁰ Ibidem.

magistrado com o colaborador tornou-se fase obrigatória do juízo de homologação, tudo a indicar a inserção de dispositivos expressos que visam a conferir maior controle no momento de homologação do acordo e, dessa forma, sinalizam a necessidade de contenção dos poderes conferidos aos celebrantes.

Para o referido autor, merece destaque também a previsão de nulidade de cláusula que estabeleça a renúncia ao direito de impugnar a decisão de homologação (§7º-B, do Art. 4º). Também desse novel dispositivo extrai-se o caráter limitador quanto à liberdade negocial no âmbito do acordo de colaboração premiada, vedando-se, de forma expressa, cláusulas que imponham restrição desproporcional a direito fundamental, na linha de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Hermes Duarte Morais⁵¹, comungando com o entendimento de que as mudanças operadas pela Lei 13.964/2019 se orientam para o fortalecimento do controle de legalidade dos acordos, cita o acréscimo do §7º- A no art. 4º, como expressão da sensível redução da discricionariedade e do poder de negociação do Ministério Público com a extinção das “sanções premiais diferenciadas” o que trouxe, por consequência, um aumento do protagonismo do Poder Judiciário, que passou a ter uma atuação “mais qualificada”, assumindo uma função de maior fiscalização do acordo, sob o ponto de vista formal e material⁵².

Frise-se que as alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019 não serão abordadas em sua integralidade e tampouco de forma aprofundada, porquanto escapam ao corte de estudo deste trabalho. A menção às alterações se propõe à demonstração da tendência de ampliação do controle jurisdicional e, por outro lado, de restrição aos poderes de disposição das partes, premissa interpretativa que se relaciona ao objeto de pesquisa. Ademais, a interpretação conferida às sanções premiais perpassa a análise do diploma normativo de forma completa e, por isso, a necessidade de visão global do instituto.

Realmente, dos novos dispositivos trazidos pela Lei 13.964/2019, extrai-se a tendência de contenção aos outrora aparentemente ilimitados poderes que algumas autoridades pensavam estar investidas nos acordos de colaboração. As vedações agora contidas de forma expressa na lei quanto às sanções premiais, regimes de cumprimento e progressão de pena, aliada à obrigatoriedade de o magistrado examinar de forma mais atenta a voluntariedade do acordo, assim como a restrição ao benefício da não denúncia e a necessidade de o Ministério Público

⁵¹ NETTO, Alamiro Velludo Salvador et al. **Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 157.

⁵² Ibidem. p. 169.

fundamentar o indeferimento da proposta, são sinais claros que o órgão celebrante (MP ou delegado de polícia) atua de forma regrada e que compete ao Poder Judiciário o controle de eventuais distorções, em observância à legalidade do acordo.

Especificamente em relação à disciplina dos benefícios ao colaborador, a despeito da previsão legal agora expressa de vedação de determinados benefícios, sob pena de nulidade, positivada no §7º do art. 4º da Lei 12.850/2013, a controvérsia permanece e necessita de aprofundamento dogmático em virtude da prática negocial implementada no direito brasileiro, que se dissociou da previsão legal com apoio nos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, inicialmente no Habeas Corpus 127.483 e, posteriormente, no julgamento da Questão de Ordem na PET 7.074 e no Agravo Regimental do INQ. n.º 4405⁵³, no qual a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, expressamente validou a relativização da legalidade dos acordos de delação premiada sob o fundamento que a legalidade não poderia ser invocada em desfavor do réu.

Assim, malgrado a lei agora vede de forma expressa a concessão de prêmios que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena, as regras de cada um dos regimes e os requisitos de progressão, há ainda aspectos não expressamente regulados, a exemplo do tratamento dos bens obtidos a partir da prática delitativa, suspensão de prazos prescricionais, concessão de benesses a familiares do colaborador e tantas outras possibilidades, caso se firme o entendimento quanto à possibilidade de prêmios extralegais, desde que não vedados em lei, como defendido por Andrey Borges de Mendonça⁵⁴ e Alexandre Wunderlich⁵⁵, em texto que será abordado de forma aprofundada no capítulo principal da presente pesquisa. Outrossim, ainda a demonstrar a necessidade de estabelecer parâmetros rígidos para o sistema de premialidade do acordo de colaboração premiada, não se pode deixar de mencionar a Orientação Conjunta nº 01/2018, editada pelo Ministério Público Federal, ainda no ano de 2018,

⁵³ Consta do referido acórdão que a “fixação de sanções premiaias não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado não geram invalidade do acordo. O princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado. Deste modo, não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido”. (Inq 4405 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 04-04-2018 PUBLIC 05-04-2018).

⁵⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (org.). **Colaboração premiada: Perspectivas de direito comparado**. 1. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2020. p. 19–50.

⁵⁵ WUNDERLICH, Alexandre. “Sanção premial diferenciada” após o pacote “anticrime”. *Conjur*, 9 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/wunderlich-sancao-premial-diferenciada-pacote-anticrime>. Acesso em 12 de abril de 2021.

que, de forma expressa, traz não apenas a possibilidade, como a orientação dirigida aos seus membros, de realização de acordos com prêmios expressamente não previstos em lei.

Por isso, se mostra de extrema relevância e necessidade estabelecer critérios rígidos acerca do regime de premialidade da colaboração premiada no direito brasileiro. É premente analisar se os prêmios são apenas os expressamente previstos em lei ou se, não havendo expressa vedação expressa, é possível a criação de benefícios extralegais.

Outrossim, os julgados supramencionados precedem as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019. No entanto, a prosperar os fundamentos neles contidos, especialmente no sentido de que a garantia da legalidade não poderia ser invocada em desfavor do réu e, por isso, sanções não previstas em lei estariam admitidas, as disposições legais que definem os benefícios possíveis ao colaborador seriam letra morta, já que expressamente, o Supremo Tribunal Federal permitiu a flexibilização da legalidade dos incentivos em favor do réu, sobretudo no Brasil, onde, como bem observa Lênio Streck⁵⁶, as diversas teorias favorecem o protagonismo judicial com a difusão de uma cultura jurídica que apenas reproduz decisões dos tribunais, “é o império dos enunciados que se sobrepõe à reflexão doutrinária”, criando uma espécie de positivismo jurisprudencialista, já mencionado em linhas anteriores.

É nesse cenário de aparente ausência de critérios rígidos para as cláusulas do acordo, que a dogmática penal precisa se voltar ao estudo do tema, a fim de criar um diálogo com a jurisprudência, exercendo, conforme preconiza Bernd Schünemann⁵⁷, o controle intelectual da dogmática prática por juízes, para que não haja um déficit de republicanismo. Também sob a necessidade da crítica sobre as decisões dos tribunais por parte da dogmática, Georges Abboud⁵⁸ afirma que “no instante em que nos tornamos reféns do truísmo de que o direito se resume à atividade dos Tribunais incorremos em modelo de realismo já ultrapassado.”

O estudo da jurisprudência firmada sobre o tema a partir dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal demanda uma análise crítica, com o escopo de verificar a compatibilidade do tratamento que vem sendo conferido à prática da colaboração premiada e os elementos estruturantes do processo e do direito penal brasileiro, examinando de que forma

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 106.

⁵⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional.** Tradução: Adriano Teixeira. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 91.

⁵⁸ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro.** 2.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 323.

a ferramenta negocial trazida pela Lei 12.850/2013 deve ser harmonizada com o ordenamento jurídico pátrio. Ou seja, qual o regime constitucionalmente adequado que deve ser conferido aos incentivos concedidos ao réu colaborador é matéria a ser elucidada a partir de aportes teóricos consistentes e não meramente a partir da alusão ao que foi decidido pela Suprema Corte do país.

Exposto o panorama acima e bem situado o problema de pesquisa, é oportuno indicar quais os prêmios expressamente previstos em lei, evidenciando que, neste aspecto, não há lacuna na legislação, o que se fará no tópico subsequente para, em seguida, abordar a prática negocial dos acordos de colaboração a partir da análise de determinados casos da Operação Lava Jato, cujo propósito será apenas de exposição argumentativa e não qualitativa.

1.3 Previsão legal dos prêmios do colaborador na Lei 12.850/2013: inexistência de lacuna normativa quanto ao tema

Tendo em vista que o objeto de estudo deste trabalho é o regime de premialidade do acordo de colaboração premiada à luz da disciplina trazida pela Lei 12.850/2013, recorte que se faz necessário porquanto não se pretende tratar sobre outras previsões de prêmios ao réu delator constantes de legislações esparsas, cabe examinar, neste item, quais os prêmios expressamente previstos em lei, analisando, ainda, se é possível cogitar da existência de lacuna na legislação especificamente em relação a este aspecto.

Inicia-se o exame a partir do disposto no caput do art. 4º da Lei 12.850/2013, que, após enunciar os prêmios possíveis (perdão judicial, redução em até 2/3 da pena da privativa de liberdade ou substituição por pena restritiva de direitos) estabelece de forma clara que tais prêmios só serão concedidos “desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados”. Em sequência, os incisos I a V trazem os resultados que se procura obter com a delação premiada (identificação dos demais coautores e partícipes, revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas, prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, recuperação total ou parcial do produto das infrações penais, localização de eventual vítima com sua integridade física preservada).

Nesse sentido, Nefi Cordeiro menciona que a delação premiada seria um favor de resultado e não de conduta, assentando que se premia pelo resultado e não pelas intenções do

colaborador⁵⁹. A arguição do autor se justifica sob o viés da utilidade da colaboração premiada, expressamente referenciada no art. 3º-A, da Lei 12.850/2013. A sua abordagem na disciplina atinente aos prêmios se faz relevante para o escopo de evidenciar que os benefícios legais não são hauridos pela mera celebração do pacto, exigindo-se do colaborador uma conduta ativa que efetivamente contribua para a produção probatória, o que será mensurado na estipulação da sanção premial⁶⁰.

É preciso fazer um esclarecimento quanto à terminologia utilizada no presente trabalho para designar os benefícios obtidos pelo colaborador a partir do acordo de colaboração premiada. Utilizam-se, neste texto, com identidade semântica, por vezes os termos benefício, prêmio ou incentivo, para designar a sanção premial concedida ao réu colaborador.

Ainda para fins metodológicos, importa conceituar sanção premial como o benefício resultante da colaboração premiada que “isenta ou mitiga a pena decorrente de uma norma penal de conduta”⁶¹. As controvérsias doutrinárias acerca da diferença entre pena e sanção premial serão devidamente examinadas em capítulo subsequente, no enfrentamento do problema da pesquisa.

Prosseguindo ainda na exposição do regramento legal quanto aos prêmios, tem-se que no parágrafo primeiro do art. 4º, constam critérios de dosimetria para os benefícios: personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Desse modo, guardando simetria com o art. 59 do Código Penal, são estabelecidos critérios legais para guiar o grau do benefício a ser auferido pelo réu colaborador, com expressa referência à eficácia da colaboração premiada, a qual deve ser avaliada ao final do processo.

Por sua vez, no parágrafo segundo do art. 4º, concede-se ao Ministério Público e ao delegado de polícia, a qualquer tempo, a possibilidade de requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial, ainda que este não tenha sido o benefício inicialmente proposto, considerando, para tanto, a relevância da colaboração. Esse dispositivo, ao expressamente afirmar que o requerimento de ampliação do benefício para concessão do perdão judicial, deve ser requerido perante o magistrado, corrobora a ausência de poderes dos órgãos celebrantes para

⁵⁹ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁶⁰

⁶¹ LORENZI, Felipe da Costa de. Pena criminal, sanção premial e a necessária legalidade dos benefícios da colaboração premiada: aportes para uma teoria geral da justiça penal negociada. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], v. 19, n. 79, p. 151–183, 1996.

definir o benefício a ser aplicado ao colaborador, reafirmando a competência jurisdicional para a matéria.

Ainda prosseguindo na análise dos benefícios previstos em lei, observa-se que também as hipóteses que se permite o não oferecimento de denúncia são trazidas de forma expressa e com caráter de excepcionalidade, uma vez que são elencadas duas condições para tanto: o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa e deve ser o primeiro a prestar efetiva colaboração, conforme redação contida no §4º do art. 4º. Trata-se de mais uma clara norma que limita os poderes de disposição no âmbito do acordo, indicando a regulação normativa da matéria.

No parágrafo 5º do art. 4º, por sua vez, é regulada a colaboração premiada posterior à sentença, prevendo-se que, nesta hipótese, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Mais uma vez, observa-se que a legislação, de forma expressa, indica as modalidades e as condições para concessão de benefícios ao réu colaborador. Previamente, sabe-se quais condições devem ser obedecidas para que sejam logrados os benefícios constantes da legislação, assim como há uma gradação de prêmios que se vincula à efetividade da colaboração: desde o não oferecimento da denúncia, passando pelo perdão judicial até a fração de redução de pena no máximo de 2/3 e substituição por pena restritiva de direitos.

Extraí-se, ainda, das disposições legais expressas, que a concessão de benefícios ao colaborador se revela como atividade de aplicação de pena pelo magistrado, contando com critérios próprios de dosimetria, que devem ser objeto da devida justificação, consoante o disposto no art. 4º, §7º, II, e §7º-A, da Lei 12.850/2013, já referido alhures.

Dos dispositivos acima, deflui o caráter cogente das normas que preveem os benefícios a serem concedidos ao colaborador, reputando de nulidade as cláusulas que violem o critério de definição do regime legal de cumprimento de pena, as regras de cada um dos regimes e os requisitos de progressão de regime, assim como a necessidade de fundamentação para a concessão dos benefícios, com efetiva realização de atividade de dosimetria da pena, nos moldes do Código Penal, para posterior aplicação da sanção premial, que incidirá sobre a pena aplicada.

Nessa esteira, havendo expressa previsão normativa dos tipos de benefícios possíveis, não se está diante de lacuna legislativa a demandar atividade integrativa dos operadores jurídicos para definição dos benefícios possíveis ao réu colaborador. Firmar esta premissa é

muito importante para o enfrentamento dos argumentos articulados em favor da concessão de benefícios extralegais.

A despeito de a lei claramente se orientar por estabelecer um sistema premial regulado, como já visto, a prática forense se distanciou do texto legal, conforme bem exposto pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto na Questão de Ordem da PET 7.074, produzindo acordos com diversos benefícios não previstos em lei e estes foram validados pelo Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade⁶².

A fim de demonstrar a assertiva, cabe examinar, ainda que de forma breve, alguns dos acordos firmados no âmbito da Operação Lava Jato e a jurisprudência firmada na Corte sobre o tema, o que se fará nas linhas subsequentes.

1.4 Exposição crítica de alguns dos acordos firmados no bojo da denominada Operação Lava Jato e o posicionamento jurisprudencial pela possibilidade de concessão de benefícios extralegais

Como visto nas linhas anteriores, a legislação brasileira, mesmo antes da Lei n.º 12.850/2013, sempre trouxe parâmetros para concessão dos prêmios ao sujeito que celebrasse o acordo com a acusação e efetuasse a delação. A discricionariedade no estabelecimento dos prêmios se situava nas margens entre limite mínimo e máximo de redução da penal até a concessão do perdão judicial, para os casos previstos em lei.

A situação efetivamente se alterou com a denominada Operação Lava Jato, que, embora sempre se valendo da lei de organização criminosa, passou a efetivamente criar prêmios e obrigações não previstas em lei. Andrey Borges de Mendonça⁶³ afirma que, na referida operação foram concedidos diversos prêmios não previstos em lei, a exemplo da permissão para familiares utilizarem bens que sejam produtos do crime, afastamento de efeitos extrapenais da condenação, em especial não aplicação do perdimento de determinados bens, aplicação de multas, cumprimento da pena em regimes diferenciados, recolhimento domiciliar noturno durante a semana, suspensão de processos e investigações, progressão *per saltum* dentre outros.

⁶² Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes cita, em seu voto na Questão de Ordem na Pet 7.074 os acordos firmados com a executivos da construtora Odebrecht, o acordo firmado com Delcídio do Amaral, o acordo firmado com Sérgio Machado.

⁶³ MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (org.). **Colaboração premiada: Perspectivas de direito comparado**. 1. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2020. p. 19–50, p. 35.

Os acordos firmados no bojo da operação Lava Jato constituem substrato para o estudo do problema deste trabalho, suscitando discussões acerca da legalidade de se conceder prêmios não previstos em lei, o que demanda a análise crítica do conteúdo de alguns dos acordos a fim de demonstrar a prática negocial brasileira.

Ademais, serão expostos também os principais julgados exarados pelo Supremo Tribunal Federal que tratam da matéria pertinente à concessão de prêmios ao réu colaborador, demonstrando o estágio do debate na Corte e os argumentos utilizados para permitir a concessão de benefícios não previstos em lei.

É importante justificar a razão para a escolha dos acordos abaixo indicados para análise ilustrativa do tema, não obstante a expressiva quantidade de acordos firmados na referida operação. De início, importa dizer que os acordos escolhidos para análise são os pioneiros na deflagração da operação, homologados pelo Supremo Tribunal Federal, trazendo cláusulas que efetivamente dizem muito a respeito da prática negocial implantada no Brasil e um deles, referente a PET 5.244, foi amplamente debatido no HC 127.483, evidenciando a relevância de correlacionar seu conteúdo com as teses firmadas no acórdão proferido no Habeas Corpus. Ou seja, o conhecimento do teor do acordo se afigura relevante para compreensão das razões do acórdão.

Ademais, a despeito de a operação Lava Jato ter firmado centenas de acordos, a maioria deles não se encontra disponível para acesso público, o que impossibilita sua exploração acadêmica. Contudo, entende-se que, por não se tratar de pesquisa empírica, a abordagem aos acordos abaixo tratados cumpre a finalidade de retratar a prática adotada em relação à concessão de prêmios ao colaborador, sobretudo pelo efeito multiplicador dos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo fora dos procedimentos que geram precedentes vinculantes, sobretudo quando se está a tratar de instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro. As decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal serviram – e continuam a servir- como vetor interpretativo para a prática judiciária, o que denota a necessidade de uma reflexão crítica quanto ao conteúdo de tais acórdãos.

Ainda no escopo de demonstrar o problema da pesquisa, será feita a exposição acerca da Orientação Conjunta nº 01/2018, expedida pelo Ministério Público Federal, que ilustra a difusão de acordos contendo cláusulas não previstas em lei.

1.4.1 Acordos firmados por meio da PET 5.210 e 5.244, homologados perante o Supremo Tribunal Federal, e o posicionamento do Tribunal nos paradigmas acórdãos proferidos no HC 127.483 e na Questão de Ordem da PET. 7.074

Como de conhecimento público, a intitulada Operação Lava Jato foi iniciada no ano de 2014, coincidindo com a recente edição da Lei n.º 12.850/2013, e teve por objeto inicial supostos desvios de recursos efetuados em desfavor da Petrobrás. Deflagrada mediante decisões judiciais da 13ª Vara Federal de Curitiba, a operação se ampliou se notabilizou pelo uso de prisões preventivas espetaculosas de grandes empresários e políticos de expressão nacional. Consoante anunciado no sítio eletrônico do Ministério Público Federal⁶⁴, foram celebrados 209 acordos na referida Operação perante a Justiça Federal de Curitiba e 183 acordos perante o Supremo Tribunal Federal. Como dito, foram escolhidos dois dos acordos para demonstração da prática negocial, pelas razões já explicitadas: foram considerados pioneiros, razão pela qual o *modus operandi* foi firmado a partir deles, foram homologados perante o Supremo Tribunal Federal, o que já denota a importância para efeito de precedente, e foram publicamente disponibilizados.

Primeiramente, importa mencionar o acordo de colaboração premiada firmado por Paulo Roberto Costa⁶⁵, homologado perante o Supremo Tribunal Federal por meio da PET 5.210. No caso, o delator estava em prisão preventiva e, pelos termos do acordo, a prisão cautelar passaria a ser cumprida no seu domicílio pelo prazo de um ano (sem detração), após o qual, havendo sentença condenatória, o período de pena, já estabelecido entre zero a dois anos, seria cumprida em regime semiaberto e o restante da pena em regime aberto. Além disso, previu-se a suspensão da prescrição pelo prazo de até dez anos assim que atingida a pena máxima unificada de 20 anos.

Criou-se, ainda, a figura do acordo acessório, a ser proposto aos familiares do delator, mas que ficaria condicionado ao cumprimento do acordo principal, salvo se o Ministério Público entendesse que o acordo do familiar fosse suficiente para lhe garantir os benefícios.

Foi trazida, ainda, restrição ao direito de defesa, mediante a obrigação da defesa de desistir de *Habeas Corpus*, renunciando, inclusive, a arguições de nulidade e discussões quanto à competência. Também foram previstos critérios próprios para aferição de benefícios,

⁶⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso: Lava Jato**. MPF. Brasília, 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em: 11/12/2020.

⁶⁵ CONSULTOR JURÍDICO. **Acordo de Delação: Alberto Youssef**. CONJUR. 2014. Notícias. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-youssef.pdf>>. Acesso em: 11/12/2020.

estabelecendo que estes se dariam a partir dos seguintes critérios: número de prisões⁶⁶, investigações, processos penais e ações cíveis resultantes, assim como valores recuperados no Brasil e no Exterior, a revelar, com exceção da recuperação de ativos, um distanciamento dos objetivos previstos no Art. 4º, I ao V, da Lei n.º 12.850/2013.

Especificamente em relação ao regime dos prêmios a serem concedidos ao delator, percebe-se ampla atividade criativa, com a inserção de regimes de cumprimento de pena não previstos em lei, critérios de progressão próprios e parâmetros para concessão de benefícios dissociados dos estabelecidos em lei, premiando o delator pelo número de prisões realizadas em decorrência de suas declarações.

Extrai-se, assim, que o acordo ora mencionado foi fruto de desmensurada e ilimitada atividade criativa, dissociada das previsões legais, inclusive mediante o inventivo expediente do acordo acessório. É como se o delator principal tivesse um “crédito” para conceder aos seus parentes, fazendo pernicioso relação de dependência entre a conduta do colaborador e a liberdade de seus familiares. Como se não bastasse, o acordo criou a esdrúxula figura da prisão preventiva com prazo determinado, expressamente colocando a liberdade como objeto de barganha.

Chama a atenção a ausência de parâmetros para concessão de prêmios, cuja transparência e controle ficam absolutamente prejudicados. Criou-se, por meio do acordo, verdadeira lei penal *ad hoc* entre as partes, em alargada disposição sobre a persecução penal que não encontra permissivo legal. Nesse aspecto, cabe destacar que não apenas foram criados prêmios sem previsão legal, como estes vieram acompanhados de obrigações correlatadas também sem guarida legal, como por exemplo a criação do acordo acessório, instrumento que poderia implicar perda de benefícios pelos beneficiários a partir de eventual conduta desconforme do colaborador principal. Ou seja, criou-se uma espécie de obrigação solidária no bojo do acordo de colaboração premiada, que se figurou como evidente instrumento de pressão ao colaborador ao envolver familiares próximos no acordo. Realça-se, desde logo, esse aspecto, para demonstrar o perigo de abertura do princípio da legalidade para a subjetividade casuística.

Seguindo no escopo de expor exemplos concretos que evidenciem o prejuízo causado ao sistema processual pela permissão de transigência com a legalidade na celebração dos

⁶⁶ Dentre estes critérios, chama atenção a referência ao número de prisões enquanto resultado a ser revertido em favor do delator. Trata-se de critério não previsto na Lei n.º 12.850/2013 e que revela o anseio de punição antecipada e a utilização da prisão processual enquanto expediente de espetacularização da operação. Mas, para além disso, estimula o delator a mentir, uma vez que, quanto maior o número de prisões, maior seus benefícios.

acordos, importa trazer ao lume também os termos do acordo firmado por Alberto Youssef, homologado pelo Supremo Tribunal Federal na PET n.º 5.244⁶⁷.

Segundo o referido acordo, uma vez atingida a pena unificada de 30 anos, deveria o Ministério Público pleitear a suspensão de outras ações em curso, medida que não encontra qualquer respaldo legal, significando a disponibilidade de ações penais em desrespeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em relação à progressão de regime, foi estabelecido que o delator progredirá diretamente do regime fechado ao aberto, mesmo que ausentes os requisitos, assim como o cumprimento imediato da pena privativa de liberdade, desrespeitando a legislação que regula a execução penal.

Também foi prevista a renúncia aos recursos das sentenças condenatórias e a impossibilidade de o delator questionar, por si ou através de familiares, a destinação dos bens relacionados no acordo. Saliente-se o estabelecimento de obrigações extensivas a familiares do delator e, por fim, deve ser destacado, no mencionado acordo, a possibilidade de utilização de veículos pelas filhas do delator, aspecto, inclusive, que foi objeto de questionamento no HC n.º 127.483, o qual será tratado alhures.

Chama atenção, portanto, a partir da análise dos dois acordos acima, indicados pelas razões já evidenciadas, o total distanciamento dos parâmetros legais e a permissão para nociva atividade criativa por parte dos celebrantes, como se houvesse licença para afastamento das normas do Código Penal, para fixar além de prêmios sem previsão legal, até mesmo hipóteses de suspensão do prazo prescricional. Não obstante, os acordos foram judicialmente homologados, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

O acordo de Alberto Youssef (PET 5.244) foi analisado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio do Habeas Corpus 127.483, no qual figurava como Paciente um dos delatados. Especificamente no tema objeto deste trabalho, qual seja, a possibilidade de concessão de benefícios não previstos em lei, observa-se pelo teor do acórdão, que o Supremo Tribunal Federal entendeu por válidas as cláusulas que disponham sobre efeitos extrapenais do acordo, sob o argumento que a Convenção de Palermo⁶⁸, incorporada ao ordenamento jurídico

⁶⁷ Op. cit.

⁶⁸Convenção de Palermo, promulgada por meio do Decreto 5.015/2004 (BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 11/12/2020.), com o seguinte teor, no que interessa para o tema:

Art. 26: 1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos

brasileiro, autoriza que o Estado adote “medidas adequadas para encorajar pessoas” a colaborar, assim como haveria, na Convenção de Mérida⁶⁹, norma determinando que cada Estado-Parte deveria considerar a “possibilidade de prever, em casos apropriados, a **mitigação de pena** de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”. Veja-se, por oportuno, a interpretação conferida pelo acórdão à matéria:

Embora o confisco, de acordo com o art. 92, II, c, do Código Penal, não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma **interpretação teleológica** das expressões “redução de pena”, prevista na Convenção de Palermo, e “mitigação de pena”, prevista na Convenção de Mérida, permite que elas compreendam, **enquanto abrandamento das consequências do crime**, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação.

Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (**no sentido, repita-se, de abrandamento das consequências do crime**), parece-me lícito, **sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema**, que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador dentre as “condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia” (art. 6º, II, da Lei nº 12.850/13), possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa.

Aliás, se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), **a fortiori**, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que

organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

⁶⁹ A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida (BRASIL. MTFC. **Convenção das Nações Unidas contra a corrupção**. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/2007_uncac_port.pdf>. Acesso em: 12 de abril de 2021), prevê, em relação ao acordo com o investigado para desvelamento de crimes, as seguintes medidas:

Art. 37: Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (art. 91, II, b, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98).

Extrai-se, do teor do acórdão, que o pretense permissivo para concessão de benefício não previstos em lei se assentou em dois aspectos: interpretação teleológica das normas dispostas na Convenção de Palermo e na Convenção de Mérida, para compreender na redução de pena também e possibilidade de efeitos extrapenais e o argumento *a fortiori*, no sentido de quem pode conceder o perdão judicial, poderia conceder outra sanção, ainda que não prevista em lei. Ainda no referido acórdão, foi assentado o caráter negocial do acordo de colaboração premiada, com viés nitidamente civilista, conforme será exposto adiante.

Desde logo, entretanto, é preciso consignar que as normas constantes da Convenção de Palermo e Mérida não servem para autorizar a concessão de prêmios não previstos em lei, uma vez que a leitura integral dos dispositivos pertinentes ao estímulo à colaboração, condicionam o instituto à compatibilidade com os princípios internos, a evidenciar que não pretenderam propugnar um desapego às normas internas.

No julgamento da Questão de Ordem da PET 7.074, também apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em sua composição plenária, a questão da legalidade dos benefícios veio à tona novamente, embora não tenha sido a questão central do julgamento, que se voltava, prioritariamente, à definição do alcance da decisão de homologação do acordo. A matéria atinente à legalidade dos prêmios foi debatida de forma incidental no julgamento e apenas por alguns dos Ministros, mas se trata de acórdão relevante pelas premissas assentadas e questões levantadas atinentes ao tema.

No voto do Ministro Alexandre de Moraes, foi assentada a premissa de que a discricionariedade do Ministério Público encontraria limitação na lei, pois não haveria poder absoluto do agente estatal, cuja atuação deve estar subordinada à lei. O Ministro invoca os limites inerentes ao Estado de Direito como norte de interpretação para o controle da discricionariedade no âmbito dos acordos.

Por sua vez, o Ministro Barroso, de forma expressa, entendeu pela desvinculação dos prêmios aos termos legais, afirmando que “também é possível se estabelecerem condições razoáveis e legítimas, independentemente de elas estarem expressamente previstas em lei”, colocando como condicionantes para os prêmios extralegais que estes não sejam vedados pelo ordenamento jurídico e não agravem a situação do colaborador, pois “tudo o mais que tenha

razoabilidade, que não seja absurdo, pode, sim, a meu ver, ser negociado, mesmo que não esteja previsto em lei, porque isso é da natureza das relações negociais”. O argumento do Ministro se assenta em três pilares: impossibilidade de invocação da legalidade em desfavor do réu, natureza negocial do instituto, que permitiria acordar tudo que não fosse proscrito em lei e a teoria dos poderes implícitos, de quem pode o mais (não oferecer denúncia ou perdão judicial), pode o menos, que seria uma sanção mais branda do que a expressamente prevista em lei. Esse mesmo argumento foi adotado no julgamento do Agravo Regimental no INQ. 4405, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Retornando aos votos proferidos no julgamento da Questão de Ordem na PET 7.074, o Ministro Ricardo Lewandowski assentou que, malgrado se trate de instituto de inspiração norte-americana, a sua aplicação deve ser adaptada ao arcabouço processual brasileiro, “de matriz romano-germânica”, guarda profundas diferenças estruturais em comparação com seu equivalente anglo-saxão. Em sua manifestação, também se direcionou pela defesa do controle jurisdicional das cláusulas do acordo.

O voto mais contundente em relação à matéria pertinente aos prêmios oferecidos ao delator foi o voto do Ministro Gilmar Mendes, que assentou que os parâmetros legais que deveriam reger os acordos nunca foram devidamente observados, assentando que “criou-se um Direito Penal de Curitiba. Normas que não tem nada a ver com o que está na lei. E, portanto, torna-se impossível o controle de legalidade”, o que classificou como más práticas que se desenvolveram. Após discorrer sobre acordos notáveis, indicando que a negociação se distanciou dos parâmetros legais, o Ministro afirma que se trataria de uma “nova jabuticaba, nunca vista em lugar nenhum. É o Direito Penal Constitucional de Curitiba”.

A discussão acima retratada demonstra o constrangimento democrático causado pela aplicação desregrada do instituto negocial em apreço, uma vez que, conforme dito pelo Ministro Gilmar Mendes, o distanciamento da lei inviabiliza o controle de legalidade do acordo.

Com a edição da Lei 13.964/2019 e a inserção de cláusulas expressamente limitadoras dos poderes negociais, a questão, em tese, deveria ter sido pacificada. Contudo, pelas razões já expostas, a prática negocial foi firmada, em âmbito brasileiro, desapegada da disciplina normativa, com expressa alusão retórica ao princípio da legalidade como garantia *pro reu*, como se houvesse situação de analogia a ser preenchida.

Dessa forma, a necessidade de análise aprofundada do fenômeno jurídico permanece, inclusive pela constatação de que, mesmo após a edição da Lei 13.964/2019, ainda permanece

vigente a Orientação Normativa nº 01/2018, exarada pelo Ministério Público Federal, tratada nas linhas abaixo, bem como ainda há acordos firmados em contrariedade ao que é expressamente positivado em lei, consoante abaixo demonstrado, apenas a título exemplificativo, com o escopo de demonstrar que o problema continua presente na prática negocial brasileira.

1.4.2 A título exemplificativo: análise de acordo firmado após a edição da Lei 13.964/2019

De início, é importante consignar que se encontrou dificuldade para o propósito acima em razão do caráter sigiloso que reveste os acordos de colaboração premiada, por expressa disposição contida no art. 7º, §3º, da Lei 12.850/2013, que determina o sigilo até o recebimento da denúncia. Nesse aspecto, estar-se diante de uma restrição quanto à fonte de pesquisa, uma vez que os acordos, pela sua natureza, são sigilosos.

Por isso, a fim de analisar colaborações firmadas posteriormente, encontrou-se, em fonte pública, no sítio eletrônico da Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, notícia oficial acerca de determinado acordo de colaboração premiada, firmado em procedimento de investigação de grande repercussão⁷⁰ e que atende à finalidade de demonstrar a permanência da prática negocial de concessão de benefícios extralegais, mesmo após as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, no regramento da colaboração premiada.

Nesse contexto, encontrou-se notícias sobre o acordo de colaboração firmado por Dario Messer⁷¹, nos autos de nº 5041157-92.2020.4.02.5101, tendo sido disponibilizada na internet a decisão que revogou sua prisão preventiva⁷², bem como notícia veiculada pelo sítio eletrônico da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, o que permite aferir as cláusulas publicizadas do acordo⁷³.

É relevante advertir que não se conhece o teor do processo e, por isso, as considerações unicamente de ordem acadêmica aqui elencadas tem por base as informações disponibilizadas

⁷⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Grandes casos. Lava Jato. Conheça a linha do tempo.** Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo>. Acesso em 23.05.2021.

⁷¹ CONSULTOR JURÍDICO. **Acordo de delação premiada de Dario Messer é homologado.** CONJUR. 2020. Notícias. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/acordo-delacao-premiada-dario-messer-homologado>>. Acesso em 02/04/2021.

⁷² Ibidem. **Bretas revoga prisão de doleiro Dario Messer após acordo de delação.** CONJUR. 2020. Notícias. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-31/base-delacao-bretas-revoga-prisao-preventiva-dario-messer>>. Acesso em 02/04/2021.

⁷³ SEÇÃO JUDICIÁRIA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Sentença da 2ª Vara Federal Criminal condena doleiro Dario Messer e delação homologada permite recuperação de quase 1 bilhão de reais.** SJRJ. 2020. Notícias. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/noticia/sentenca-da-2a-vara-federal-criminal-condena-doleiro-dario-messer-e-delacao-homologada>>. Acesso em 02/04/2021.

publicamente, por veículo oficial, cuja análise tem finalidade unicamente de discussão acadêmica para fins de contextualização dos acordos firmados após a edição da Lei 13.964/2019.

Do que foi possível analisar do referido acordo a partir dos documentos que foram tornados públicos, observa-se que o benefício foi pactuado um patamar máximo de pena de 18 anos e 9 meses, que, uma vez atingido, retiraria “o interesse de agir” evitando a propositura de novas denúncias. Não se conhece o processo e não se faz aqui qualquer juízo de valor sobre o quantitativo de pena em si, mas apenas se aponta, de forma descritiva, a permanência da prática forense de se fixar um patamar máximo de pena no acordo, ao arrepio do que dispõe a legislação, porquanto, independente do patamar de pena estabelecido no acordo, não há previsão legal para tal proceder, sobretudo porque a aplicação de pena é atividade afeta à competência do magistrado.

Trata-se, como se vê, de verdadeira disponibilidade da persecução penal sob a roupagem de “perda de interesse de agir”, a indicar violação aos limites legais estabelecidos para o benefício do colaborador, porquanto inexistente a previsão de estabelecimento de patamar máximo para penas, cuja aplicação deveria ser feita pelo magistrado, na forma do art. 4, §7-A, da Lei 12.850/2013.

A chamada “perda de interesse de agir”, no caso, se afigura nítido recurso argumentativo vazio para burlar o princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, doravante analisados de forma pormenorizada, mas cuja referência se faz obrigatória neste momento a fim de contextualizar as normas do acordo ora referido.

Em relação à progressão de regime, segundo se extrai da decisão que revogou a prisão preventiva, houve respeito às disposições legais, preservando-se, nesse ponto, a vedação contida no §7º, do art. 4º da Lei 12.850/2013, recentemente inserida pela Lei 13.964/2019, uma vez que há menção expressa ao fato de que a progressão de regime se daria nos termos da Lei de Execução Penal, não tendo havido previsão de prisão domiciliar⁷⁴. Por outro lado, a conclusão é diversa no que tange à disposição dos bens hauridos com a atividade supostamente delituosa. De acordo como veiculado na imprensa, haveria perda de 99% do patrimônio do

⁷⁴ Veja-se trecho da decisão proferida pelo juiz Marcelo da Costa Bretas: “Isso porque a avença prevê que, em caso de condenação, somente cessará o interesse de agir estatal após cumprimento de 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão por DARIO MESSER e tal pena deverá ser cumprida no sistema prisional, com progressão de regime na forma da LEP, e não em regime domiciliar”. CONSULTOR JURÍDICO. **Bretas revoga prisão de doleiro Dario Messer após acordo de delação.** CONJUR. 2020. Notícias. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-31/base-delacao-bretas-revoga-prisao-preventiva-dario-messer>>. Acesso em 02/04/2021.

colaborador, do que se extrai a manutenção de 1% dos bens⁷⁵, de forma a indicar que pode ter havido disposição pelo Ministério Público de bens obtidos pelo colaborador com a atividade confessadamente ilícita. A fixação da perda de bens tomando por base um percentual do patrimônio suscita dúvida razoável quanto à concessão ao réu de parte do patrimônio obtido ilicitamente, ainda que em percentual baixo, o que tornaria também ilegal esta cláusula, de acordo com a hipótese da presente pesquisa.

1.4.3 Crítica à Orientação Conjunta nº 01/2018, expedida pelo Ministério Público Federal

No ano de 2018, o Ministério Público Federal editou a Orientação Conjunta nº 1/2018, que indica parâmetros a serem seguidos aos integrantes do Ministério Público na celebração de acordos de colaboração premiada. Embora editada anteriormente às alterações promovidas na Lei 12.850/2013 pela Lei 13.964/2018, depreende-se que a referida orientação ainda continua vigente na sua redação original, tendo em vista não ter sido objeto de qualquer atualização, diversamente do que ocorreu com a Orientação Conjunta 03/2018, que trata dos acordos de não persecução penal, que foi atualizada e ampliada após a edição da Lei 13.964/2019.

A Orientação Conjunta nº 01/2018 pode ser considerada documento que exterioriza a prática negocial adotada no âmbito do Ministério Público Federal, o que denota a importância do seu estudo no presente trabalho. No que se refere aos benefícios a serem obtidos pelo colaborador, o documento indica:

26.1. Preferencialmente, pelo estabelecimento de marcos punitivos máximos, a serem concretizados em apreciação judicial com os seguintes elementos sugeridos, segundo os indicativos legais:

a) patamar máximo unificado de pena decorrente do somatório das sentenças condenatórias, o qual, ao ser atingido, levará à suspensão das demais ações e investigações em curso e seus respectivos prazos prescricionais;

b) pena que será efetivamente cumprida pela parte em regimes a serem definidos no acordo;

c) suspensão do cumprimento da diferença entre o máximo unificado da pena e a pena que será efetivamente cumprida, com possibilidade de retomada do cumprimento do máximo unificado da pena em caso de rescisão ou descumprimento do acordo; ou

26.2. alternativamente, estabelecimento de patamares mínimos e máximos, a serem delimitados por ocasião da sentença, para cumprimento da pena.

27. O acordo pode prever, como indicativo para a resposta penal a ser concretizada em sede judicial, além da pena unificada para o montante de fatos e a pena a ser efetivamente cumprida, eventuais penas restritivas de direito, o regime inicial de cumprimento da pena, a progressão de regimes, a suspensão condicional da pena, a suspensão condicional do processo, a suspensão do prazo prescricional e a aplicação dos institutos da remissão e detração. Em caso da previsão de regimes diferenciados, suas regras devem ser detalhadas no acordo.

⁷⁵ UOL NOTÍCIAS. **Messer negociou herança com MPF e quase triplica patrimônio após delação.** UOL. 2020. Notícias. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/24/messer-patrimonio-1-bilhao-paraguai-lava-jato-delacao.htm>>. Acesso em 02/04/2021.

27.1. O acordo de colaboração premiada pode também prever o valor da multa penal, o valor ou os bens objeto de perdimento e sua destinação, o valor mínimo da reparação do dano e sua destinação às vítimas dos delitos, quando couber.

O desapego da referida Orientação à legislação penal se mostra evidente a partir da menção expressa que as normas do Código Penal e da Lei de Execução Penal deveriam ser aplicadas em casos de omissão das cláusulas do acordo. Em caso de omissão na previsão dos benefícios no termo de acordo de colaboração premiada, serão observadas as disposições do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, quanto ao regime descumprimento da pena).

Também em relação à estipulação de obrigações não previstas em lei, a Orientação Conjunta afirma:

32. Nos crimes perpetrados em benefício ou interesse de pessoa jurídica, o acordo de colaboração premiada poderá prever obrigações acessórias, como a interdição de direitos, adequadas ao caso concreto, a depender da situação societária ou da profissão do colaborador, vedada a imposição de restrições por prazo indeterminado e observada a proporcionalidade.

32.1. Nos casos em que o colaborador for o titular do controle societário de pessoa jurídica envolvida nos atos, é recomendável e podem ser incluídas nos acordos de colaboração, obrigações de governança corporativa e compliance, inclusive nas demais empresas por ele controladas direta ou indiretamente, emissão de relatórios periódicos de atividades, afastamento das atividades empresariais por período certo, assim como o monitoramento e auditorias externas aprovadas pelo Ministério Público Federal, às expensas do colaborador.

Nesse sentido, pode-se dizer que o referido documento, embora desprovido de validade para efeitos processuais, já que não é dado ao Ministério Público legislar sobre normas penais ou processuais penais, retrata a compreensão do instituto da colaboração premiada pelos operadores do sistema penal, corroborando a necessidade de profunda reflexão doutrinária sobre o tema, a fim de que as balizas sejam estabelecidas pela dogmática, mediante o estabelecimento de critérios rígidos que reafirmem a legalidade penal.

1.4.4 Notas conclusivas acerca da realidade negocial brasileira

Vê-se, a partir dos referidos acordos e da Orientação Conjunta nº 01/2018, que as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 não produziram o efeito de contenção efetiva dos poderes negociais, até mesmo por reflexo do entendimento jurisprudencial firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de forma majoritária, de descolamento do acordo das previsões legais expressas.

A partir dos acórdãos firmados pelo Supremo Tribunal no sentido da possibilidade de benefícios não previstos em lei, infere-se que este entendimento repousa em três fundamentos:

1) caráter negocial do instituto, o que permitiria que o consenso das partes estabelecesse os benefícios e obrigações, desde que não contrariassem previsão legal expressa; 2) o argumento de que o princípio da legalidade configuraria garantia do réu e não poderia ser invocado em seu desfavor e que seria permitida a analogia *in bonam partem*; 3) o argumento a *fortiori*, que relaciona o poder de conceder perdão judicial ou benefício da não denúncia à possibilidade de conceder prêmios não previstos em lei. Este argumento pode ser resumido na expressão coloquial “quem pode o mais, pode o menos”.

Por isso, para o aprofundamento do tema, é necessário analisar cada um dos argumentos utilizados a favor do estabelecimento de prêmios não previstos em lei, a iniciar pelo exame da natureza jurídica da colaboração premiada, perquirindo se a natureza negocial configura, *per se*, permissivo para disposição do acordo. Os demais argumentos serão enfrentados no capítulo principal, após a exposição principiológica concernente ao tema.

2 NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ainda como premissa para o desenvolvimento do tema, é relevante estudar a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, a fim de, à luz dessa definição, examinar o regime jurídico aplicável ao instituto. Como bem sinaliza Gustavo Badaró⁷⁶, classificar ou incluir um instituto numa ou noutra categoria é relevante para determinar as normas de regência incidentes. Especificamente em relação ao acordo de colaboração premiada, instituto ainda novo no direito processual pátrio, compreender a natureza jurídica pode fornecer parâmetros interpretativos de sua aplicação no direito brasileiro.

Atualmente a colaboração premiada é classificada no art. 3º-A da Lei n.º 12.850/2013 (cuja redação foi introduzida pela Lei n.º 13.964/2019) como “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. Sobressai do texto da lei a natureza jurídica bifronte do acordo: negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova.

A redação original da Lei n.º 12.850/2013 não trazia, de forma expressa, a natureza jurídica da colaboração premiada enquanto negócio jurídico processual, elencando-a apenas dentre os meios de obtenção de prova possíveis de serem utilizados para as investigações concernentes às organizações criminosas. Todavia, a despeito da ausência de previsão legal, as características do instituto expressavam inequívoca natureza negocial, porquanto envolviam o autorregramento da vontade, o que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente por meio do HC 127.483/PR, que constitui, até o presente momento junto à Pet. 7.074, paradigma jurisprudencial acerca dos contornos da colaboração premiada no direito brasileiro.

O acórdão proferido no mencionado *Habeas Corpus* 127.483/PR reconheceu na colaboração premiada dúplice natureza: meio de obtenção de prova, conforme já expresso na legislação vigente à época, e negócio jurídico processual personalíssimo. Essa dúplice natureza jurídica, que constitui premissa para as conclusões do referido acórdão, trouxe reflexos

⁷⁶ 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 (org.). **Colaboração Premiada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 128.

importantes no regime jurídico da colaboração premiada, especialmente em relação à concessão de prêmios e fixação de obrigações do réu colaborador.

Sob o vértice do meio de obtenção de prova, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência monocrática do Relator para homologação do pacto, em analogia à competência já conferida para a determinação de outros meios de obtenção de prova, a exemplo da interceptação telefônica, busca e apreensão, afastamento do sigilo bancário e fiscal. Neste caso, a definição dessa categoria jurídica atraiu o mesmo regime de competência aplicado aos demais meios de obtenção de prova, o que indica, mais uma vez, a importância da definição da natureza jurídica de um instituto, que não se apresenta como uma matéria meramente teórica, mas repercute efeitos práticos no tratamento do tema.

Mas, para além do aspecto da competência, o reconhecimento do acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova apresenta outras consequências relevantes, a exemplo da incidência da disciplina pertinente às ilicitudes probatórias e o princípio da taxatividade dos meios de obtenção de prova.

Em relação ao caráter negocial do acordo, o Supremo Tribunal Federal o invocou para reputar válidas cláusulas que fixavam prêmios não previstos em lei, conferindo ampla dimensão à autonomia das partes. Nesse sentido, a característica contratual adquiriu especial proeminência na aplicação prática do instituto, cabendo perquirir se o caráter negocial realmente configura permissivo para essa amplitude de poderes das partes para dispor sobre as cláusulas dos acordos.

O Supremo Tribunal Federal também entendeu que se trataria de negócio jurídico processual personalíssimo e não puramente um negócio jurídico de direito material, tendo sido conferida prevalência à atividade processual que se espera do colaborador, ainda que sobre esses efeitos processuais se agreguem efeitos substanciais. Veja-se, por relevante, excerto da ementa do mencionado julgado nos pontos aqui levantados:

4. 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.

Ainda sobre a complexa natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, são pertinentes as palavras de Flávio Luiz Yarshell⁷⁷, que ressalta o conteúdo complexo do pacto, que apresenta natureza híbrida, sendo, a um só tempo, negócio jurídico de direito processual e de direito material, o que é relevante para determinar o regime jurídico de validade do acordo e, por via de consequência, a forma de controle de eventuais invalidades. Veja-se que, além de ser meio de obtenção de prova, se trata de negócio jurídico processual, mas cujos efeitos se projetam sobre o direito material, evidenciando a complexidade que envolve o instituto ora estudado.

Vinicius Vasconcellos⁷⁸, em sua obra específica sobre o tema da colaboração premiada, acentua que a Lei 12.850/2013 consolidou o viés processual da colaboração premiada e sua proeminência em relação aos efeitos materiais gerados para o réu colaborador, considerando que “o ceme do instituto é a facilitação da persecução penal a partir da produção ou obtenção de elementos probatórios, com a confissão do delator e o seu depoimento incriminador em relação aos corréus, além de outros tipos de provas possivelmente indicados”.

Trata-se, de fato, de acordo celebrado com o escopo de produção de provas processo. O objeto do acordo é a colaboração do imputado com Estado para o fim de conferir maior êxito à persecução penal em relação à descoberta e punição de outros autores em troca de benefícios processuais e materiais ao colaborador. Instituto marcado por nítido viés efficientista⁷⁹, se destina à busca de resultados rápidos e eficientes à persecução penal e não com o propósito de conferir direitos ao imputado. Ou seja, não se trata de instituto com viés despenalizador⁸⁰, como a suspensão condicional do processo e a transação penal, mas sim de instituto inserido dentre os mecanismos de obtenção de prova, a partir do qual se exige uma atividade processual do réu colaborador, se tratando, de fato, de instituto voltado à produção de efeitos processuais.

Como dito anteriormente, diversamente de outros institutos do direito penal consensual, o mote da colaboração premiada não é desafogar o sistema penal sobrecarregado por elevada demanda ou evitar o encarceramento de delitos considerados de baixo ou médio potencial

⁷⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. A colaboração premiada vista por um processualista civil. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (org.). **Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 217–240.

⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 63.

⁷⁹ Michelle Barbosa de Brito afirma que o tratamento que tem sido conferido à delação premiada revela um descompromisso com os princípios constitucionais que norteiam o sistema jurídico brasileiro ante o primado da “eficiência na repressão criminal mediante a celeridade processual, redução do esforço investigativo e abreviação da instrução probatória” (BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 156.)

⁸⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 39.

ofensivo, mas sim obter do colaborador provas dos delitos investigados, subordinando-se à conveniência e utilidade do celebrante. Nesse sentido, não se pode falar em direito subjetivo à celebração do acordo de colaboração premiada, porquanto somente se houver interesse dos órgãos de persecução penal na obtenção de informações a serem prestadas pelo réu delator é que será possível a celebração do acordo, por isso há expressa menção na lei em utilidade e interesse público.

A utilidade e o interesse público são aspectos situados no âmbito de discricionariedade conferido ao órgão celebrante do acordo, que se ligam à natureza probatória do instituto: somente haverá interesse do órgão celebrante se houver, por parte do réu colaborador, elementos probatórios a serem oferecidos à acusação, uma vez que se trata de instituto marcado por forte caráter utilitarista.

Esse viés probatório prevalente constitui a marca principal do acordo de delação premiada e o diferencia dos demais institutos do direito penal negocial, conforme já tratado em item anterior. Nessa perspectiva, justamente por constituir meio de obtenção de prova é que o acordo de delação premiada atinge terceiros, uma vez que a contraprestação fornecida pelo colaborador para lograr benefícios serão os fatos relacionados a terceiros de que detenha conhecimento e disso advém a constante contraposição de direitos que marca o acordo de colaboração premiada.

A relevância da discussão quanto aos efeitos do acordo, se no campo material ou processual, se afigura relevante exatamente para definição da disciplina a ser aplicada no que concerne à incidência do princípio legalidade estrita. Em verdade, a discussão se volta ao objeto do negócio jurídico, conforme será detalhadamente indicado no capítulo subsequente. É preciso considerar que o instituto em comento, ao passo que se configura como meio de obtenção de prova, confere ao colaborador, em contrapartida, benefícios de direito material concernentes à redução ou mesmo afastamento da pena, bem como pode impor obrigações que podem atingir direitos fundamentais. Assim, embora ostente o objetivo principal de produção de efeitos processuais, não se pode olvidar, no regime jurídico do instituto, os relevantes efeitos materiais que dele emanam, especialmente no que se refere à aplicação da sanção premial ao colaborador.

Feita essa aproximação preliminar da natureza jurídica do instituto, cumpre examinar as normas gerais e princípios⁸¹ que regem os meios de obtenção de prova para, posteriormente, tecer considerações acerca dos negócios jurídicos firmados no processo penal.

2.1 Colaboração Premiada como meio de obtenção de prova no processo penal

Iniciando o estudo dos meios de obtenção de prova no processo penal, é imprescindível apresentar o conceito deste instituto. Para tal mister, cabe recorrer a relevante texto sobre terminologia da prova de Antônio Magalhães Gomes Filho⁸², que expõe os conceitos de fontes de prova, meios de prova e meios de investigação da prova.

As fontes de prova, segundo o mencionado professor, são pessoas (fontes pessoais) ou coisas (fontes reais) das quais se pode extrair o elemento de prova. Os meios de prova são definidos como as atividades, em regra, endoprocessuais, desenvolvidas perante o juiz, com participação das partes, por meio das quais os elementos de prova são introduzidos no processo, a exemplo do testemunho, perícia e do documento. Já os meios de pesquisa ou investigação, referidos pelo autor, são procedimentos regulados por lei que objetivam a obtenção de provas materiais, desenvolvendo-se, em geral, extraprocessualmente, não constituindo, por si só, como fontes de conhecimento, dos quais seriam exemplos a busca e apreensão, a interceptação telefônica.

Na definição de Aury Lopes Jr.⁸³, os meios de obtenção de prova são instrumentos que permitem chegar-se a uma prova e não a prova propriamente dita. Isto é, os meios de obtenção de prova são procedimentos que visam à apreensão de elementos probatórios, estes sim que serão objeto de conhecimento direto pelo magistrado.

Em estudo que examina a natureza jurídica da colaboração premiada sob a dicotomia meio de prova e meio de obtenção de prova, Gustavo Badaró⁸⁴ preleciona que a diferença entre eles é que os meios de prova servem diretamente ao convencimento do juiz sobre uma afirmação

⁸¹ No presente trabalho, o termo princípio será utilizado no sentido de “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”, conforme apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 942.)

⁸² FILHO, Antonio Magalhães Gomes. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: SALETTI, Achille; GRINOVER, Ada Pellegrini; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 404

⁸⁴ 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 (org.). **Colaboração Premiada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 131.

fática, enquanto os meios de obtenção de prova são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, que somente de forma indireta, e a depender do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução dos fatos. Nesse sentido, os meios de obtenção de prova e os meios de prova se distinguem pelo grau de afetação aos direitos fundamentais:⁸⁵

Os meios de prova, por não restringirem direitos, são regidos por um princípio de liberdade de sua produção. Admite-se, com tranquilidade, a possibilidade de produção de meios de prova atípicos, ainda que atendidos certos requisitos. Já com relação aos meios de obtenção de prova, não havendo uma lei que discipline os requisitos para sua produção, seria inadmissível a restrição do direito fundamental sem observância do princípio da legalidade, que, mais do que nominar um meio de obtenção de prova, deve estabelecer seus requisitos, as hipóteses de cabimento, seu prazo de duração, etc. Em outras palavras, os meios de obtenção de prova estão regidos por um princípio de reserva legal, não sendo possível a produção de meios de obtenção de prova atípicos.

Nefi Cordeiro⁸⁶ adverte que nem sempre a colaboração é apenas um acordo para futura apresentação de provas, mas muitas vezes é diretamente meio de prova (reunião unilateral de provas) quando são colhidos depoimentos e provas, a exemplo de gravações e documentos. Contudo, a despeito da ponderação do autor, é possível afirmar que o instrumento do acordo de colaboração premiada em si será sempre meio de obtenção de prova, uma vez que ele sozinho nada provará, consubstanciando apenas o compromisso entre as partes para produção probatória. As declarações e documentos fornecidos pelo réu colaborador diferem do instrumento do acordo e configuram meios de prova. Na verdade, são prestados em consequência e em cumprimento aos termos do próprio acordo de colaboração (meio de obtenção de prova).

À luz da distinção que enfatiza que os meios de obtenção de prova estão regidos pelo princípio da reserva legal, devendo ter seu procedimento e hipóteses de cabimento disciplinados legalmente, conclui-se pela inadmissibilidade de meios de obtenção de prova em dissonância à disciplina normativa, porquanto envolvem afetação de direitos fundamentais, não se admitindo a atipicidade nesta categoria jurídica.

Acerca da incidência do princípio da legalidade em sua vertente taxatividade sobre a forma de produção de prova no processo penal, Luigi Ferrajoli⁸⁷ aduz que as formas

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 27.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 572.

processuais de maior relevância são aquelas que “condicionam a validade das provas ao método legal de sua formação”, porquanto determinam que o convencimento judicial quanto à culpa deve ocorrer em conformidade com as disposições legais, em oposição ao sistema inquisitório, que postula a prevalência dos fins da prova em relação aos meios, asseverando que é o “primado dos meios que distingue o modelo garantista e exige de fato que as provas, sendo livre sua valoração, sejam assumidas com método legal; e que seja então rechaçada a máxima *male captum est bene retentum*”. Nesse sentido, é o apego às formalidades processuais e especificamente à forma de obtenção da prova, que caracteriza um processo penal garantista, preocupado em garantir a observância dos direitos fundamentais no curso do processo.

Extrai-se, assim, que no modelo de um direito penal garantista, conforme preconizado por Luigi Ferrajoli, os fins probatórios não justificam a utilização de meios dissociados da previsão legal. Ao contrário, é justamente o rigor legal dos meios que legitima o resultado probatório.

A regulação da forma de produção probatória deriva do devido processo legal, porquanto não é demasiado lembrar que o respeito à forma previamente estabelecida constitui garantia do sujeito passivo. Como bem assevera Aury Lopes Júnior⁸⁸, não se trata de apego à forma apenas pela forma em si, mas sim pelo que em termos de direitos fundamentais, uma vez que quando um ato processual contraria a forma prevista em lei, “gera risco de ineficácia do princípio constitucional que, naquela forma, se efetiva, que deve ser aferida no caso concreto”.

No âmbito do processo penal, não há permissão para acusação fazer tudo que não esteja vedado em lei, porquanto o processo penal deve funcionar como contenção ao exercício arbitrário do poder punitivo. Ao revés, como mecanismos de exercício de poder pelo Estado que são, aos órgãos de persecução penal somente é admitida a atuação em conformidade às previsões legais, o que também se aplica à fase de produção probatória. Nesse sentido, são oportunas as palavras de Flávio Cruz⁸⁹, quando aduz com precisão:

Repita-se: em uma democracia, meios e fins devem ser igualmente legítimos. O escopo do processo é a tutela de todo e qualquer inocente, ainda que ao custo da eventual impunidade de alguns culpados. Forma é garantia; razão pela qual os meios empregados pelo Estado devem ser alvo de rigoroso controle por parte da comunidade

⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.026.

⁸⁹ CRUZ, Flávio Antônio da. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, [s. l.], n. 2, p. 219–235, 2016.

política, atentando-se para a pauta de direitos fundamentais conquistados ao fim de muita luta.

No processo penal, os fins não justificam os meios; ao revés, a legitimação da decisão condenatória depende da legalidade do trajeto percorrido, pois como bem aduz Luigi Ferrajoli, no modelo garantista, “é unicamente a natureza do meio que garante a consecução do fim”.

J.J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão⁹⁰ destacam a importância do princípio da legalidade no plano processual penal, “impõe uma exigência de conformidade formal do procedimento com a regulação legal que para ele vale: num processo penal democrático só é admissível uma responsabilização penal baseada em fatos apurados de modo processualmente válido, proscrevendo-se uma procura da verdade a todo custo”.

É válido mencionar, a título exemplificativo, que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ilicitude de elementos hauridos a partir de espelhamento de aplicativo de mensagens, em virtude da ausência de lei disposta sobre tal meio de obtenção de prova, evidenciando, assim, a incidência do princípio da reserva legal em relação à produção probatória⁹¹, reconhecendo, portanto, a incidência do princípio da taxatividade em relação ao tema, no sentido de rechaçar a existência de meios de obtenção de prova atípicos.

Ricardo Jacobsen Gloeckner⁹² assevera a importância do princípio da legalidade processual, que legitima o processo, aduzindo que:

Ligado aos direitos e garantias fundamentais, o processo penal legitima-se, no plano das invalidades, a partir da legalidade processual, que, desde uma matriz constitucional, constitui-se como um dos vetores indispensáveis à sua estruturação democrática. O respeito pelas regras do jogo como tentativa de minimização do excesso punitivo – redução de danos- é postulado básico de um processo penal democrático.

[...]

⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, [s. l.], v. 146, n. 4000, p. 16–38, 2016.

⁹¹ Não se pode obter acesso ao julgado do STJ em razão dos autos se encontrarem, neste momento, sob sigilo de justiça. Contudo, é possível acessar a informação suscitada no portal de notícias do próprio Superior Tribunal de Justiça: STJ. **Sexta Turma anula prova obtida pelo WhatsApp Web sem conhecimento do dono do celular**. [S. l.], 2018. Notícias. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-11-30_06-59_Sexta-Turma-anula-prova-obtida-pelo-WhatsApp-Web-sem-conhecimento-do-dono-do-celular.aspx>. Acesso em: 08/12/2020.

⁹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 316.

A forma processual corresponde à garantia de que o processo penal seguirá um rumo previsto normativamente, independentemente das paixões e demais irracionalidades que afloram no campo do jogo processual.

O princípio da legalidade, no âmbito da produção probatória, se apresenta justamente como meio de controle de arbitrariedades, para que o processo não se transforme num ‘valeduto. Regular a forma de produção probatória é conter o abuso estatal para que o atingimento a direitos fundamentais não se dê ao alvedrio dos agentes investigativos e sem forma previamente estabelecida. É por isso que a disciplina da prova ilícita se liga, necessariamente, ao grau de evolução civilizatória do processo penal. Em um Estado Democrático de Direito a atuação das agências ligadas a persecução penal encontra regramento e limite legal, conferindo-se importância ao regime de invalidades processuais. Significa dizer que não se permite que a acusação se valha de meios não previstos em lei ou de meios proscritos para obtenção da prova.

É nessa dimensão de legalidade dos meios de obtenção de prova que o problema de pesquisa se coloca: os prêmios oferecidos ao colaborador integram o acordo de colaboração premiada e, portanto, constituem um dos aspectos da forma de produção de prova. Mais precisamente, constituem a contrapartida para obtenção dos elementos probatórios. Indaga-se, então, a partir das premissas firmadas quanto à taxatividade dos meios de obtenção, se seria possível o Estado aumentar a proposta ao réu colaborador a fim de obter, mesmo em dissonância à previsão legal, as informações em poder do réu delator. A resposta, de acordo com a formalidade que se afigura como garantia no processo penal, só pode ser negativa.

Veja-se, por exemplo, que parece não haver dissenso quanto à impossibilidade de, a pretexto de obter informações probatórias de um informante, sejam oferecidas pela acusação vantagens não previstas em lei. Somente com a edição da Lei 13.608/2018 é que se tornou lícito a remuneração pecuniária em virtude de informações prestadas aos órgãos de investigação que auxiliem no desvelamento de crimes, mas o percentual de remuneração, a forma e demais requisitos necessitam de previsão legal expressa, não se situando no âmbito de discricionariedade dos agentes estatais envolvidos. E a importância de se invocar este exemplo, que parece não contar com qualquer divergência doutrinária, é para evidenciar o caráter de taxatividade/legalidade que envolve o exercício da atividade probatória pelo Estado. Não vale tudo para se conseguir uma prova a ser utilizada no processo penal e não se pode oferecer benefícios não previstos em lei a alguém para obter uma informação probatória.

Esse sistema de legalidade probatória se afigura deveras relevante na ambiência dos acordos de colaboração premiada, uma vez que se trata de meios de obtenção de prova que

propiciarão aos órgãos de acusação a obtenção de elementos probatórios. Por isso, na definição dos contornos do instituto, ainda marcado por inúmeras lacunas como se viu, é preciso sempre ter como premissa o caráter probatório e a incidência do princípio da legalidade estrita que incide em relação a esta categoria jurídica, diante da afetação de direitos fundamentais que ele implica.

Acerca da afetação de direitos fundamentais derivado do acordo de colaboração premiada, é importante indicar que esta afetação ocorre por duplo viés. Primeiro, em relação aos terceiros delatados, uma vez que, mesmo sendo meio de obtenção de prova, sua finalidade é que sejam fornecidos elementos de incriminação em relação a terceiros, o que se dá por força das obrigações assumidas pelo réu colaborador, de forma que há uma nítida relação de causalidade direta entre o acordo e os meios de prova obtidos a partir dele. Não se desconhece o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal de que o acordo de colaboração premiada não afetaria, por si só, terceiros, como foi definido no Habeas Corpus nº 127.483 e reafirmado na questão de ordem da Pet. 7.074.

Todavia, tal assertiva parece ignorar que os meios de prova obtidos por força do acordo guardam evidente relação de derivação com este, emergindo daí a afetação de direitos de terceiros.

Embora esse aspecto não seja elemento central deste trabalho, a premissa de afetação de direitos de terceiros por configurar o acordo um meio de obtenção de prova é relevante para demonstrar que o interesse público subjacente ao acordo não repercute apenas sobre a esfera de direitos do réu colaborador, mas espraia efeitos sobre o processo e, nesse ponto, atinge terceiros delatados⁹³. No âmbito da colaboração premiada, isso adquire importância na medida que se trata de mecanismo por meio do qual o Estado oferece prêmios ao delator, interferindo, portanto, na aplicação da pena, para que este, em troca, forneça informações e elementos probatórios para o Estado em detrimento de outros réus.

Por outro viés, também os direitos fundamentais do réu colaborador são atingidos pelo acordo, já que, de forma expressa, deverá abdicar do exercício do direito a não autoincriminação, além de se comprometer de forma ativa a auxiliar na produção probatória.

⁹³ Sobre a revisão quanto ao direito de terceiros impugnarem o acordo, o HC 142.205, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual foi admitida, em situações excepcionais, a impugnação do acordo por terceiros.

Todos esses aspectos se conjunham para evidenciar que o ambiente do acordo de colaboração premiada é normativamente regulado em virtude da afetação de direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, classificar a colaboração premiada como meio de obtenção de prova atrai, para o instituto, a incidência do princípio da legalidade como elemento condicionante para admissibilidade desse meio de obtenção de prova no processo, o que repudia qualquer atuação estatal divorciada do preconizado pela lei. Tratando-se de meio de obtenção de prova, a forma de produção do acordo deve guardar estreita obediência à lei, o que envolve a disciplina atinente aos benefícios, porquanto ao Estado não é permitido oferecer vantagens não previstas em lei como contrapartida para a captação de elementos probatórios.

Elucidados os pontos necessários em relação ao acordo de colaboração premiada enquanto meio de obtenção de prova, tendo sido demonstrado que, sob esse viés, não há compatibilidade com a concessão de prêmios extralegais, passa-se ao tratamento do negócio jurídico processual, a fim de perquirir se essa categoria permitirá a ampliação do poder negocial para o estabelecimento de prêmios extralegais.

2.2 Notas conceituais sobre do negócio jurídico

Como adiantado nas linhas iniciais deste capítulo, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de prova e, ao mesmo tempo, negócio jurídico processual, apresentando uma natureza jurídica bifronte. Neste capítulo, examinar-se-á o acordo sob a perspectiva negocial, mas sem pretensão de abordar, de forma profunda, a teoria do negócio jurídico, porquanto escaparia ao objetivo do presente trabalho. Serão apresentados apenas os conceitos fundamentais para compreensão deste aspecto do acordo de colaboração premiada e suas repercussões para o tema central desta pesquisa, especialmente em relação ao espectro de liberdade negocial dos sujeitos que celebram o acordo.

Em clássica obra sobre o negócio jurídico, cujo conceito pertence à Teoria Geral do Direito, Antônio Junqueira de Azevedo⁹⁴ afirma que, sob o ponto de vista estrutural, o negócio jurídico pode ser definido como categoria (fato jurídico abstrato), ou como fato (fato jurídico concreto). Como categoria, o negócio jurídico é uma *declaração de vontade*, cercada de

⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

*circunstâncias negociais*⁹⁵ que a colocam como apta à produção de efeitos jurídicos. O autor ressalta que não se trataria, pois, de uma simples manifestação de vontade, mas sim de uma “declaração de vontade”, que seria a finalidade de produção de efeitos jurídicos. Sob o prisma concreto, o negócio jurídico seria todo fato jurídico consistente em declaração de vontade cujos efeitos são desejados pelos celebrantes, tendo como elementos integrantes as circunstâncias negociais, a forma e o objeto.

O autor define circunstância negociais como “padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos”⁹⁶. Por sua vez, a forma é a maneira pela qual o negócio se exterioriza, podendo ser oral, escrita, mímica ou até mesmo o silêncio, havendo casos que a lei estabelece uma forma específica para exteriorização do negócio jurídico⁹⁷. Por fim, ele define o objeto do negócio como o conteúdo.

E nesse aspecto, ainda de acordo com as lições de Antônio Junqueira de Azevedo⁹⁸, emerge como característica do negócio jurídico que seus “efeitos lhe sejam imputados pelo ordenamento jurídico de acordo com os efeitos manifestados como queridos.”, o que não significa a possibilidade de se escolher o conteúdo, porquanto há contratos “nos quais uma ou algumas das partes nada formam do conteúdo”, citando-se o exemplo dos contratos de adesão e de contratos nos quais a autoridade pública determina as principais condições e, por fim, que há negócios que o conteúdo é estabelecido pela própria lei. Nesse sentido, pontua de forma conclusiva que, “ao lado dos negócios cujo conteúdo é quase todo formado pelas partes, outros existem, cujo conteúdo resulta, parcial ou integralmente, de outras fontes”⁹⁹.

Marcos Bernardes de Mello¹⁰⁰, em obra que é referência sobre a Teoria do Fato Jurídico, define o negócio jurídico como manifestação de vontade para compor o suporte fático de uma categoria jurídica, à escolha do agente com escopo de obtenção de efeitos jurídicos que podem ser predeterminados pelo sistema ou deixados à livre escolha do celebrante.

⁹⁵ Antônio Junqueira de Azevedo define as circunstâncias negociais como conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou “*padrão cultural*”, que integram o negócio jurídico e tem o condão de fazer que a declaração “seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos” (Ibidem. p. 122).

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem. p. 126.

⁹⁸ Ibidem. p. 134.

⁹⁹ Ibidem. p. 135.

¹⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 233.

Na esteira das lições de Mello¹⁰¹, pode haver liberdade apenas para escolher a categoria negocial, mas sem possibilidade para definição da estrutura e conteúdo do negócio. Em outras situações, há maior poder de escolha, permitindo-se a escolha da categoria negocial, a sua estruturação e conteúdo. O autor cita o exemplo do casamento, que constitui um negócio jurídico, mas “em razão da cogência e da absoluta determinação das normas jurídicas” só permite às partes optar por categorias predeterminadas pelas normas jurídicas. Nesse sentido, afirma que todos os efeitos jurídicos do negócio jurídico decorrem da imputação feitas aos fatos pelas normas jurídicas, não havendo efeitos *ex voluntate*, “a vontade não cria efeitos, porque estes são definidos pelo ordenamento; apenas, dentro de uma amplitude variável, as normas jurídicas concedem as pessoas certo poder de escolha da categoria jurídica.”

Especificamente sobre a amplitude do autorregramento da vontade nos negócios jurídicos, Mello afirma que quanto mais indeterminadas forem as normas jurídicas maior será a amplitude do autorregramento e, em sentido inverso, quanto maior a regulação normativa sobre determinado negócio mais limitado será o autorregramento da vontade¹⁰².

Também Pontes de Miranda¹⁰³ já sinalizava que as limitações à faculdade de se vincular negocialmente podem derivar de princípios fundamentais do sistema jurídico, afirmando que “São, quase sempre, limites, que se hão de interpretar como traçados, que regras jurídicas cogentes interpuseram, sem os colorir de ilicitude *strictu sensu*”, acentuando, que a constituição de muitos negócios jurídico só se permite dentro dos limites da lei.

Extraí-se, portanto, das clássicas lições acima, que a natureza negocial não traz, como efeito automático, a ampla liberdade para as partes disporem sobre o conteúdo do negócio. Não se pode confundir a natureza negocial com poder ilimitado de disposição pelas partes quanto ao objeto do negócio. Há limitações trazidas pelo próprio ordenamento jurídico em relação à estrutura e efeitos do negócio jurídico, havendo situações que a vontade se manifestará na escolha de determinada categoria, mas sem que se possa determinar os efeitos, porque, por vezes, será o próprio ordenamento que determinará seus efeitos.

A premissa firmada no sentido que o caráter negocial não implica, necessariamente, que as partes possam estabelecer o conteúdo do negócio jurídico é de especial relevância para o problema do presente trabalho, pois autoriza a inferência que classificar o acordo de

¹⁰¹ Ibidem. p. 249.

¹⁰² Ibidem. p. 251.

¹⁰³ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de direito privado**. 1ª. ed. Campinas: Bookseller. 2000. Tomo 3. p. 29.

colaboração premiada como espécie de negócio jurídico não significa ampla liberdade para estabelecer os efeitos do acordo e determinar o conteúdo de suas cláusulas. O aspecto negocial da colaboração premiada residiria na declaração de vontade de que sejam produzidos os efeitos típicos da celebração do acordo, não significando, de forma obrigatória, que esses efeitos serão definidos pelas partes, sendo equivocada a comum correlação entre a característica negocial e a possibilidade de disposição pelas partes quanto ao conteúdo do acordo, como se o conceito de negócio jurídico envolvesse, de forma necessária, a liberdade de dispor sobre o conteúdo deste.

O regime jurídico de maior cogência ou maior disponibilidade será determinado pelo objeto do acordo e não pela sua mera característica negocial. Portanto, para aferição do regime jurídico aplicável ao instituto, é preciso determinar o que se compreende como objeto do acordo de colaboração premiada, para a partir dele definir a dimensão da autonomia da vontade. Para tanto, é necessário, de forma precedente, examinar os contornos jurídicos dos negócios jurídicos processuais.

2.3 Características do Negócio Jurídico Processual

Fixados os conceitos básicos em relação ao negócio jurídico, cabe examinar a estrutura do negócio jurídico processual, categoria plasmada na Lei 12.850/2013 em relação ao acordo de colaboração premiada.

Fredie Didier Jr.¹⁰⁴ indica, dentre as premissas para compreensão do negócio jurídico processual, que a ele se aplicam as mesmas premissas fixadas para a licitude do objeto do negócio jurídico do “direito privado”. Malgrado o autor faça referência ao direito privado, a teoria do negócio jurídico é tema não adstrito ao direito privado, situando-se na Teoria Geral do Direito, porquanto aplicável a diversos ramos, inclusive naqueles marcados por uma característica mais publicista, como o processo penal.

Pedro Henrique Nogueira ressaltando que o conceito de negócio jurídico não é exclusivo do direito civil, uma vez que o autorregramento da vontade também se faz presente em outros ramos do direito¹⁰⁵, define o negócio jurídico processual como fato jurídico voluntário, previsto na norma processual e cujo suporte fático permite ao sujeito “escolher a categoria jurídica ou

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 37.

¹⁰⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 158.

estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”.

Importante destacar, da definição apresentada pelo supracitado autor, a subordinação do autorregramento da vontade aos limites existentes no próprio ordenamento jurídico quanto à escolha das situações jurídicas processuais, em consonância com o conceito de negócio jurídico visto no item anterior. Extrai-se, assim, que a natureza negocial do instituto se desenvolve dentro do espaço aberto pelo ordenamento jurídico para disposição de normas processuais, que pode ser mais amplo ou mais restrito a depender do objeto que se esteja a negociar. Permite-se a escolha da categoria negocial, mas a estipulação da estrutura e dos efeitos deve obedecer à disciplina processual previamente estabelecida em relação ao objeto do acordo. São as normas que revestem o objeto do acordo que determinarão a amplitude do poder de disposição e não a categoria negocial.

Ainda na conceituação do negócio jurídico processual, é importante assinalar que seu conteúdo se refere às situações jurídicas processuais, as quais, todavia, podem ter efeitos não restritos ao âmbito processual, mas que se projetam para o direito material. Por isso, é preciso perquirir qual o regime jurídico será adotado em relação à análise de validade das cláusulas do negócio, se de direito material ou processual.¹⁰⁶

Dessa forma, as limitações ao negócio jurídico processual devem ser hauridas do próprio sistema processual, mas também das normas de direito material correlatas ao direito discutido em juízo, para que não se permita, pela via processual, eventual disposição substancial vedada pelo ordenamento jurídico. Isto é, não se permite que, sob as vestes de negócio processual, a disposição de direitos que, na perspectiva do direito material, não poderia ser objeto de transação.

É preciso recordar as premissas firmadas na Teoria Geral do Negócio Jurídico quanto à inexistência de vinculação entre natureza negocial e espaço de disposição quanto ao conteúdo/objeto do acordo, porquanto há casos que os efeitos são previamente fixados em lei, situando-se a característica negocial na declaração de vontade para celebração do pacto, ainda que não se possa dispor sobre os efeitos/conteúdo do acordo.

Nesse contexto, é válido se debruçar sobre os contornos do negócio jurídico processual em âmbito cível, ramo processual que, majoritariamente, se volta a direitos considerados disponíveis. Por isso, estudar as limitações da categoria nessa seara reforçará as premissas já

¹⁰⁶ Ibidem. p. 187.

firmadas para o estudo dos acordos de colaboração premiada no processo penal, uma vez que evidenciará a inexistência de ampla liberdade negocial no processo, mesmo naqueles regidos pelo processo civil.

Ainda que os direitos em juízo sejam considerados disponíveis, o processo civil e suas normas são de direito público, cogentes. Admitem-se, na ambiência do processo civil, negócios jurídicos processuais (embora o Código de Processo Civil não utilize essa terminologia), mas a validade destes é regulada pelo Poder Judiciário, conforme deflui da leitura do art. 190 do Código de Processo Civil¹⁰⁷.

Extrai-se, do texto expresso de lei supra indicado, que a autonomia das partes para estipular mudanças no procedimento se condiciona à natureza do direito material em litígio e, mesmo nestes casos, ao juiz é conferido o poder de recusar a aplicação nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou a situação de vulnerabilidade das partes. Isto é, inexistente liberdade negocial ampla no que concerne à estipulação de normas sobre o processo, diante da natureza pública do direito processual.

Fredie Didier Jr, em obra específica sobre os negócios jurídicos processuais¹⁰⁸, afirma que o objeto do negócio é o ponto de maior sensibilidade na dogmática da negociação processual. Por isso, traz algumas diretrizes, cabendo destacar, dentre estas¹⁰⁹, pela relevância ao tema deste trabalho, as seguintes:

d) Sempre que *regular expressamente* um negócio processual, a lei delimitará o contorno de seu objeto.

Acordo sobre a competência, por exemplo, é expressamente regulado (art. 63 do CPC) e o seu objeto, claramente definido: somente a competência relativa pode ser negociada. Assim, acordo sobre a competência em razão da matéria, da função e da pessoa não pode ser objeto de negócio processual. Acordo de supressão de primeira instância é exemplo de acordo sobre competência

¹⁰⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPODIVM, 2018. pp. 37-38.

¹⁰⁹ Além das limitações expressamente referidas no texto deste trabalho, o Autor aponta as seguintes limitações ao negócio jurídico processual: *in dubio pro libertate*, significando que inexistindo norma que imponha interpretação restritiva, na dúvida, deve-se admitir o negócio jurídico processual; tudo o quanto se sabe sobre o negócio jurídico no direito privado sobre a licitude do objeto, se aplica ao negócio jurídico processual; é possível inserir negócio jurídico processual em contrato de adesão, desde que não seja abusivo, onerando excessivamente uma parte; nos negócios jurídicos atípicos, as partes podem inserir outros deveres e sanções processuais para os casos de descumprimento.

funcional: acorda-se para que a causa não tramite perante o juiz e vá direto ao tribunal, que passaria a ter competência funcional originária, e não derivada; esse modelo é proibido.

No item acima indicado, observa-se que não é permitido às partes dispor sobre o objeto de negócios jurídicos que tenham seus contornos expressos na lei. Infere-se, portanto, a partir da premissa acima, que sempre que houver um negócio jurídico positivado e regulado em lei, a moldura legal deve ser seguida, situando-se a manifestação de vontade no sentido de celebrar aquele determinado negócio, mas sem poder para estabelecer o conteúdo. Não se trata de apenas não contrariar as disposições legais, deixando de adotar o que for expressamente vedado, mas sim de seguir, de forma estrita, a normatividade legal para aquele determinado negócio jurídico regulado em lei. A adoção de cláusulas extralegais em negócios jurídicos processuais regulados se revela proscrita, de acordo com o mencionado processualista.

Ainda na esteira das lições de Fredie Didier Jr¹¹⁰, veja-se outra limitação, aos negócios jurídicos processuais, consistente na reserva legal incidente para algumas matérias:

e) Sempre que a matéria for de reserva legal, a negociação processual em torno dela é ilícita.

Os recursos, por exemplo, observam a regra da taxatividade: somente há os recursos previstos em lei, em rol taxativo (art. 994, CPC). Assim, não se pode criar recurso por negócio processual (um recurso ordinário para o STF diretamente contra decisão de primeira instância, por exemplo) nem se pode alterar regra de cabimento de recurso (agravo de instrumento em hipótese não prevista em lei, por exemplo). Em ambos os casos, no final das contas, se estaria negociando sobre a competência funcional, que é absoluta; o art. 63 do CPC somente permite acordo de competência relativa.

Neste aspecto, a ressalva do autor reside nas matérias submetidas à reserva legal, isto é, àquelas nas quais só se é permitida a regulação por meio de lei, para o que ele traz o exemplo dos recursos. A pertinência dessa premissa ao processo penal se revela evidente, uma vez que se trata de ramo do direito no qual o princípio da legalidade se apresenta de forma mais proeminente, tanto em relação ao direito material, quanto ao processo penal, conforme será aprofundado no capítulo seguinte deste trabalho, mas cujo destaque deve ser desde logo realizado. Trata-se de ambiente altamente regulado, cuja reserva de lei se afigura como garantia indissociável no processo penal de matriz *civil law*.

¹¹⁰ Op. Cit. p. 38.

Por fim, o autor apresenta restrição quanto ao afastamento de regra que sirva à proteção de direito indisponível. Como visto quando se estudou a doutrina de teoria geral do negócio jurídico, as limitações ao acordo podem advir do regramento existente em relação ao objeto, vedando-se a disposição pelas partes quanto a determinado direito. Nesse sentido, afirma Fredie Didier Jr¹¹¹:

f) Não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível. Trata-se de negócios processuais celebrados em ambiente propício, mas com objeto ilícito, porque relativo ao afastamento de alguma regra processual cogente, criada para a proteção de alguma finalidade pública. É ilícito, por exemplo, negócio processual para afastar intimação obrigatória do Ministério Público, nos casos em que a lei a reputa obrigatória.

Depreende-se, portanto, que nem mesmo na ambiência do processo civil, os espaços de consenso são ilimitados, sendo condicionados pela natureza do direito material e pela marca publicista do próprio processo, não se admitindo o afastamento de normas processuais que se prestem à garantia de outros direitos. Há normas cogentes que não permitem o afastamento por convenção das partes, porque trazem subjacente um interesse público que não se compatibiliza com o poder de disposição. Permite-se até a realização do acordo, mas desde que nos moldes já trazidos em lei, quando se tratar de negócio jurídico disciplinado legalmente.

Nas hipóteses de negócios processuais atípicos admitidos no processo civil, os limites ao autorregramento da vontade devem ser hauridos a partir do objeto do acordo, isto é, os efeitos buscados a partir dele, vedando-se a disposição sobre direitos que não admitem composição e em relação às matérias submetidas à reserva de lei. Saliente-se, portanto, que a regra vigente é a geral para todo e qualquer negócio jurídico: o grau de disposição depende do objeto do negócio jurídico, o que, no âmbito processual, se apresenta naturalmente limitado diante da natureza publicista do aludido ramo jurídico. Decerto, no espectro do processo penal, essa característica se potencializa, diante da incidência de normas e princípios específicos, que se colocam como garantia no Estado Democrático de Direito.

Saliente-se, desde logo, a relevância de tais restrições à autonomia da vontade na esfera dos negócios jurídicos processuais e sua adequação ao âmbito do processo penal.

Assentar essa premissa é relevante para o exame da autonomia conferida no âmbito dos acordos de colaboração premiada, porquanto comumente a natureza negocial é invocada

¹¹¹ Ibidem.

erroneamente como se fosse uma chave para ampla disposição pelas partes das cláusulas negociais. Fala-se e repete-se que se trata de negócio jurídico processual como se isso, *per se*, garantisse ampla liberdade negocial sobre o conteúdo do negócio, não obstante, conforme a clássica teoria do negócio jurídico, a natureza negocial não implica, necessariamente, autorização para fixação de cláusulas, podendo o autorregramento da vontade apenas estar presente na escolha da categoria negocial a ser celebrada. Não se pode confundir a marca negocial com o regime privatista.

Tal como acontece até mesmo no ramo do direito processual civil, é preciso perscrutar o objeto do acordo e o direito material nele tratado para, à luz deste, estabelecer os limites de disposição das partes. Não é, portanto, a forma (acordo) que permitirá a alteração das normas de direito material limitativas da autonomia das partes, uma vez que o objeto do pacto traz limitações aos seus efeitos, uma vez que se está na esfera submetida à reserva de lei por excelência.

No mesmo sentido, Antônio do Passo Cabral¹¹² também sustenta com propriedade que um “primeiro limite à convencionalidade processual são as hipóteses que o ordenamento estabelece a reserva de lei para a norma processual. Nestes espaços, a vontade das partes não lhes autoriza, por acordo, criar uma regra que pudesse derrogar a normal legal”.

Não obstante o autor se refira às convenções sobre as normas de processo, assinalando que não seria possível a criação, por convenção, de recursos não previstos não em lei ou ampliação das hipóteses recursais, a advertência quanto às matérias submetidas à reserva de lei se aplica, também, em relação ao direito material tratado no acordo. Vale dizer, se há restrição às matérias processuais submetidas à reserva de lei, com a mesma razão as restrições se aplicam quanto à natureza do direito material.

2.4 Repercussões da característica negocial nas cláusulas do acordo de colaboração premiada

A partir das diretrizes acima quanto aos negócios jurídicos processuais, passa-se à análise de suas repercussões no acordo de colaboração premiada.

Não se pode olvidar que no âmbito do Direito Penal brasileiro, até pouco tempo, não havia sequer espaço para acordo. Foi com a edição da Lei 9.099/95, que foram inseridos no

¹¹² CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 389.

ordenamento jurídico brasileiro os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Posteriormente, a colaboração premiada ganhou mais força e, mais recentemente, surgiu o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal. Todavia, mesmo a existência de tais institutos não desnaturou o caráter indisponível que marca esse ramo do direito. Apenas foram trazidas hipóteses nas quais a negociação é permitida, mas nos limites e balizas legais, o que é comprovado pelo fato de que tais hipóteses que permitem a negociação são todas dispostas na lei, indicando que não decorrem da natureza do direito. A existência de previsão legal das hipóteses nas quais há certa margem de disposição evidencia que, em regra, o direito é indisponível, somente havendo possibilidade de disposição naquelas situações descritas em lei de forma estrita, indicando a marca da excepcionalidade do acordo no processo penal.

Nessa perspectiva, observa-se que o acordo de colaboração premiada tem seu objeto delimitado em lei, qual seja, conduta probatória ativa por parte do réu colaborador e a contraprestação do Estado no sentido de conceder benefícios processuais e materiais ao réu colaborador, sendo que a própria lei cuida de indicar os seguintes benefícios: perdão judicial, redução da pena em até dois terços, substituição da pena privativa de liberdade, não oferecimento de denúncia ou, nas hipóteses nas quais já houver sido proferido sentença condenatória, reduzir a pena à metade ou permitir a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos legais.

É preciso observar, ainda, que a lei 12.850/2013 expressamente veda determinadas cláusulas, reputando-as de nulas, quando violarem os critérios de definição do regime inicial de cumprimento de pena, as regras de cada um dos regimes e os requisitos de progressão. A partir disso, conclui-se que se trata de um negócio jurídico processual regulado legalmente, o que já implica restrição para ampla disposição das partes. Não obstante as lacunas que marcam o regramento do acordo de colaboração premiada em relação a outros temas, a exemplo das hipóteses de rescisão, especificamente em relação aos prêmios, a lei traz disposições expressas, indicando o que pode ser concedido em troca da colaboração do réu.

Para além disso, por envolver produção probatória e ter efeitos na aplicação da pena, se trata de matéria submetida à reserva legal, o que também limita o autorregramento da vontade. Agregue-se, ainda, que se trata de negócio jurídico processual que implica restrição de direitos fundamentais, tanto em relação ao réu colaborador, como em relação aos terceiros delatados, daí porque o ambiente de imperatividade das normas que dispõe sobre o acordo adquire mais rigidez.

Vale dizer, havendo delimitação legal do objeto do acordo de colaboração premiada, a pretensão ampla liberdade de negociação das partes, supostamente extraída do caráter negocial do instituto, fica comprometida. Uma vez regulado e disciplinado legalmente, é aquela moldura normativa que deve ser adotada no acordo. Já se viu, de forma clara, que a natureza negocial não derroga as normas existentes no direito processual penal.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim¹¹³ asseveram que a colaboração premiada é um negócio jurídico que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição de interesses, mas que não há criação de efeitos jurídicos pelas partes, pois o benefício é a consequência jurídica em razão do acordo de vontades, com conteúdo definido pelo sistema: “o benefício pode ser um entres as três opções previstas legalmente”. A vontade, segundo os autores, atua na escolha da categoria jurídica. O poder negocial é atribuído às partes para que possam celebrar o negócio, no espaço de regramento da vontade deixado pelo sistema, acrescentando que “em nenhum âmbito do direito, pode-se falar em autorregramento sem limites; ao contrário, o autorregramento pressupõe um espaço atribuído e limitado pelo sistema”.

É dizer, estar-se tratando de um negócio jurídico cujos efeitos são previamente previstos pela lei, uma vez que a matéria concernente à modalidade dos prêmios foi expressamente regulada em âmbito legislativo, a indicar que, nem mesmo a invocação do regramento aplicável ao direito processual civil, mais especificamente do art. 190 do Código de Processo Civil, que permitem a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, alberga ampla liberdade para fixação de prêmios e sanções no acordo de colaboração premiada. Ao contrário, se viu que mesmo no direito processual civil, há limitações expressas e outras derivadas do próprio regime do direito material que limitam as cláusulas convencionais entre as partes.

E no bojo do acordo de colaboração premiada há mais uma nota que atrai o regime da legalidade estrita. Trata-se do fato de ser um contrato de direito público, firmado com o Estado. Nesse sentido, é pertinente a advertência do Ministro Ricardo Lewandowski, nos debates ocorridos no julgamento da Questão de Ordem na Pet. 7.074:

Essa é a distinção entre o acordo que se faz na esfera privada e o acordo que se faz na esfera pública. Quando o juiz homologa um acordo na esfera privada, onde as partes podem dispor livremente de seus direitos - aqueles direitos disponíveis evidentemente -, essa homologação faz do acordo um título

¹¹³ DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o Direito Processual Civil. **Civil Procedure Review**, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 135–189, 2016.

executivo, mas este acordo ao qual nós nos referimos - e o Ministro Fachin muito bem sublinhou isso em seu voto - é um contrato de Direito Público condicionado aos limites legais.

Portanto, há uma ampla sindicabilidade por parte do Poder Judiciário quanto a esses aspectos. Essa é uma diferença!

Esse caráter público do acordo se mostra relevante na interpretação do instituto da colaboração premiada, afastando, por mais um aspecto, o pretendido amplo poder de disposição pelas partes quanto às cláusulas da avença, que deve se submeter a todas as normas atinentes aos contratos administrativos em geral.

Ainda no tratamento do tema, são pertinentes as palavras de Flávio Luiz Yarshell¹¹⁴, que corrobora o caráter limitado do negócio jurídico processual em matéria, sem que isso desnature a característica negocia, assentando que, justamente por se tratar de acordo celebrado na seara penal, não é todo e qualquer efeito que será aceito pelo ordenamento, o que não “desnatura a qualificação de negócio jurídico a circunstância de que os efeitos originariamente programados no acordo de delação eventualmente não se produzam em sua integralidade.”.

Enfrentou-se, dessa forma, o primeiro argumento para aqueles que entendem pela possibilidade de concessão de prêmios não previstos em lei, firmando-se a premissa que a natureza negocial nada indica sobre a possibilidade de benefícios extralegais.

A natureza negocial do acordo de colaboração premiada se revela pelo autorregramento da vontade no sentido de aderir ou não a este mecanismo de consenso, nada dizendo quanto à possibilidade de disposição quanto ao conteúdo das cláusulas, uma vez que, com amparo em clássica doutrina sobre negócio jurídico, o caráter negocial não se confunde com poder de disposição sobre as cláusulas/efeitos do acordo. Definir um instituto como negócio jurídico não determina, *per se*, poder de disposição amplo sobre os efeitos do acordo, mas apenas indica que se pressupõe a manifestação de vontade para celebração do pacto, ainda que nem sempre se possa pactuar seu conteúdo.

¹¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. A colaboração premiada vista por um processualista civil. *In*: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (org.). **Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 217–240.

3 DO SISTEMA DE PREMIALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: NORMATIVIDADE DOS BENEFÍCIOS A SEREM CONCEDIDOS AO RÉU COLABORADOR

Feita a análise quanto aos aspectos de direito positivo da colaboração premiada na Lei 12.850/2013 e sua aplicação na prática negocial brasileira, bem como evidenciados os contornos normativos alusivos aos meios de obtenção de prova no processo penal e ao negócio jurídico processual, cumpre agora abordar os princípios que devem funcionar como vetores interpretativos para o sistema de premialidade da colaboração premiada.

Iniciar-se-á pelo estudo do princípio da legalidade, que consubstancia princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e marco para o presente estudo de balizas quanto aos prêmios a serem oferecidos ao réu colaborador. O estudo do princípio da legalidade não abrangerá apenas a sua repercussão no direito penal, no qual funciona como vetor de garantias, mas sua compreensão enquanto princípio reitor do Estado Democrático de Direito, com o enfoque para sua relação com o princípio da igualdade e com o princípio da separação de poderes.

Após, se analisará a compreensão do princípio da legalidade no direito penal e no processo penal¹¹⁵ e seus princípios derivados, quais sejam, o princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal e, no âmbito do direito material, da jurisdicionalidade e legalidade das penas.

Tratar-se-á, ainda, dos reflexos destes princípios no acordo de colaboração premiada especificamente relacionando-os à legalidade das cláusulas que fixem os benefícios do réu delator.

É importante esclarecer, ainda, que a menção no título do trabalho de que o exame do sistema de premialidade será efetuado a partir do princípio da legalidade, compreende, no conceito de legalidade, todos os princípios referidos neste capítulo, considerados como vertentes da expressão de legalidade enquanto submissão do Estado à lei.

¹¹⁵ Ricardo de Brito A.P. Freitas destaca que os princípios penais não são meras fontes do direito penal, possuindo juridicidade e uma “positividade natural”, porquanto emergiriam primariamente da racionalidade humana. (FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (org.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 365.)

3.1 Princípio da Legalidade: Princípio estruturante do Estado Democrático de Direito

O princípio da legalidade se configura como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, emergindo com o movimento Iluminista do século XVIII, como resposta ao domínio estatal e expressão da “autoconsciência burguesa”, tendo sido consagrado na Declaração de Independência dos Estados Americanos de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tratando-se, assim, de limite em face da intervenção estatal¹¹⁶.

Ricardo de Brito A. P. Freitas em estudo sobre a relação entre o princípio da legalidade e o Estado Democrático de Direito acentua que este princípio integra o ordenamento jurídico de todo Estado de tradição jurídica europeia e se universalizou, presente em diversos tratados e convenções de direitos humanos. No Brasil, está positivado em todos os Códigos Penais, desde 1830, ainda que com algumas relativizações¹¹⁷.

Na Constituição da República de 1988, o princípio da legalidade vem positivado de forma expressa no art. 5º, II, estabelecendo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Vale dizer, a fonte de qualquer obrigação deve ser sempre a lei. O princípio da legalidade encontra previsão constitucional, ainda, no art. 37, *caput*, estando elencado dentre os princípios da administração pública.

Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale acentuam que a concepção moderna do princípio da legalidade como instrumento de proteção das liberdades individuais é que propiciou a criação do Estado de Direito em oposição ao Estado absolutista ou Estado de polícia dos séculos XVII e XVIII e que esse conceito foi incorporado no Brasil desde a Constituição de 1824 e se manteve incólume na Constituição de 1988, sempre consagrando a intrínseca relação entre legalidade e liberdade, porquanto é o império da lei que garante a liberdade, não havendo poder à margem da legalidade, uma vez que todo o Direito está construído sobre o princípio da legalidade, fundamento do direito público moderno.¹¹⁸

¹¹⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. pp. 332-334. Também nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 37.

¹¹⁷ Op. Cit. p. 377.

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur e Almedina, 2018. (Instituto Brasiliense de Direito Público). p. 251.

O princípio da legalidade se apresenta, dessa forma, como princípio intrínseco ao conceito de Estado de Direito, modelo estatal definido por Jacques Chevalier¹¹⁹ como “mais que um Estado regido pelo direito, através de uma ordem jurídica hierarquizada: ela supõe também que o Estado, como tal, e não apenas através de seus órgãos, esteja submetido ao direito”. A ideia de império da lei constitui “fundamento, limite e controle democrático de todo poder no Estado de Direito”¹²⁰.

A concepção do princípio da legalidade como estruturante do Estado de Direito e de garantia de valores fundamentais como segurança jurídica, igualdade e separação de poderes se mostra fundamental para o enfrentamento do presente problema de pesquisa.

Nesse sentido, são pertinentes as palavras de Georges Abboud de que no “Estado Constitucional, nem a Administração ou o Judiciário podem solucionar questão jurídica fora do referencial do próprio direito”¹²¹. A partir da premissa da indissociabilidade entre o Estado Constitucional e a vinculação do Judiciário ao Direito, o referido autor critica, severamente, decisões judiciais criativas, destacando que direito e discricionariedade são conceitos excludentes, que não se harmonizam, porquanto a atuação discricionária seria o nome jurídico criado para as hipóteses nos quais a aplicação do direito é excetuada e a decisão se pauta por critérios externos ao jurídico, afirmando que “quando a discricionariedade entra, o direito sai”.

Na sequência, o autor expõe que o julgamento por parâmetros extrajurídicos torna a decisão imune ao controle, haja vista que não seria possível realizar uma avaliação qualitativa da decisão, porquanto no âmbito da atuação discricionária, haveria várias respostas possíveis. Contudo, como bem adverte, “a aplicação do direito não é uma questão de gosto ou vontade” e por isso a discricionariedade judicial deve ser afastada, sob pena de prevalência do relativismo, aleatoriedade, insegurança jurídica e a vontade do intérprete “em detrimento da teoria, do cientificismo, da segurança e moral interpretativa pertencente à comunidade política”.¹²²

A compreensão do princípio da legalidade, sob o prisma do Estado de Direito, vai além de uma garantia instituída apenas em favor do cidadão. Trata-se de princípio do direito público que se projeta sobre o ordenamento jurídico, consistindo garantia da observância dos demais princípios democráticos, condicionando a atuação dos agentes estatais em todas as esferas de

¹¹⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução: Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

¹²⁰ Ibidem. p. 252.

¹²¹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 302.

¹²² Ibidem. p. 321.

poder. É nessa perspectiva que o princípio da legalidade se projeta para o Direito Penal, ramo no qual adquire importância e contornos peculiares.

3.2 Princípio da Legalidade no Direito Penal e no Direito Processual Penal e sua compreensão sob o prisma de princípio geral do direito público

No Direito Penal Brasileiro, o princípio da legalidade encontra previsão constitucional expressa no art. 5º, XXXIX, que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se da necessidade não apenas de lei, mas de lei prévia disposta sobre o crime e sobre a pena: proíbe-se, por meio do princípio da legalidade, a incriminação de condutas sem anterior disposição legal e proíbe-se, sob o segundo aspecto, a criação de modalidades de pena pelo juiz ou pela administração pública, submetendo a qualidade e quantidade das penas também à anterior previsão legal.

O sistema de penas é, dessa forma, regido pelo princípio da legalidade, não havendo espaço para criatividade judicial na definição do delito e nem na imposição da pena, porquanto a definição da proibição e a respectiva pena serão previamente dispostas em lei, exurgindo também, como princípio decorrente do princípio da legalidade, o princípio da irretroatividade da lei penal¹²³, que comporta exceção apenas para beneficiar o réu.

Acerca da projeção do princípio da legalidade sobre o direito penal, Andrei Zenkner Schmidt¹²⁴ ressalta que todas as garantias penais se dirigem aos “três pilares do Direito Penal: a proibição, a pena e o processo”, porquanto não somente as normas materiais lesam direitos fundamentais, como também o fazem as normas processuais e de execução de pena. De fato, ao falar de princípio da legalidade no direito penal é preciso ter em mente todas as esferas de manifestação do poder punitivo, compreendendo-as de forma conexa e instrumental, o que é demasiado importante para análise do instituto da colaboração premiada, que envolve necessariamente aspectos substantivos e adjetivos, voltando-se o objeto deste trabalho para a discussão quanto à legalidade da aplicação dos benefícios do colaborador, em indissociável relação entre processo e pena.

¹²³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2003, p. 26.

¹²⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 210.

O princípio da legalidade, destarte, também produz efeitos no processo penal, porquanto envolve o exercício de direitos fundamentais ligados à liberdade. Nesse sentido, Hassemer¹²⁵ ressalta que o direito penal material traz os limites da punibilidade, com a tarefa de impor normas fundamentais de uma sociedade e garanti-las, o que pressupõe uma íntima ligação com o direito processual penal, concluindo que todas devem ser aplicadas conforme a legalidade jurídico-material.

Voltando à doutrina de Ricardo de Brito A. P. Freitas¹²⁶, observa-se que este classifica o princípio da legalidade penal como um princípio penal fundamental, cuja “criação se relaciona à percepção de seu papel de contenção do arbítrio estatal em favor dos direitos individuais concebidos inicialmente como naturais e inalienáveis”¹²⁷. Afigura-se, assim, princípio fundamental, servindo de embasamento a outros princípios, classificados como derivados, a exemplo do princípio da proporcionalidade, intervenção mínima e o princípio da subsidiariedade. Por isso, aduz o autor, a recusa ao princípio da legalidade¹²⁸ abalaria todo o sistema, havendo uma relação de supremacia com as demais normas penais de hierarquia inferior.

O referido autor¹²⁹, citando a obra de Montesquieu, Rousseau e Beccaria, afirma que para estes, o “direito penal representa um limite ao exercício do poder punitivo e a noção de legalidade encontra-se relacionada à segurança jurídica, à igualdade jurídica ou formal e ao princípio da separação dos poderes”. Com efeito, percebe-se desde a obra de Beccaria o propósito de limitar a atuação judicial através da obediência à lei, propugnando que somente a lei pode fixar penas¹³⁰.

Ainda no estudo da evolução histórica do princípio da legalidade, o autor destaca que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou o princípio da

¹²⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 49.

¹²⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (org.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 364-365

¹²⁷ Ibidem. p. 367.

¹²⁸ Em seu texto, seguindo distinção apresentada por Luigi Ferrajoli, Ricardo de Brito A. P. Freitas afirma que o princípio da legalidade se desdobraria em duas dimensões: a mera legalidade e estrita legalidade. A mera legalidade representaria a submissão do magistrado à lei, o que afastaria valorações subjetivas sobre as condutas puníveis, uma vez que somente as condutas abstratamente previstas em lei como criminosas poderiam ser objeto de análise judicial. A estrita legalidade, por sua vez, sendo tributário da mera legalidade, preconiza que a lei penal deve se voltar a comportamentos e não a sujeitos (Ibidem. p. 366).

¹²⁹ Ibidem. p. 375.

¹³⁰ BECCARIA, Cesare Bonasena Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Flório de Angelis. 6ª reimpressão. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 18.

legalidade com o escopo de garantir a igualdade jurídica. Segundo aponta, seria a partir desse documento que o princípio da legalidade deixaria de ser apenas um limite ao arbítrio, mas representaria também uma expressão da “exigência de generalidade da norma jurídica contraposta aos privilégios particulares de toda espécie em matéria penal”.

Sobre a relação entre o princípio da legalidade e a garantia de igualdade entre os cidadãos, convém novamente recorrer às lições de Ricardo de Britto¹³¹, que acentua:

Assim sendo, a lei penal deve ser imposta da mesma maneira para todos, independentemente de sua origem, do seu estado econômico, do seu sexo, da sua profissão, etc. tais desigualdades jurídicas e de fato não tem o condão de desigualar o indivíduo diante do direito penal; elas são consideradas irrelevantes para que se estabeleçam diferenciações no conteúdo e na aplicação da lei.

Nessa linha de intelecção, observa-se que o princípio da legalidade em matéria penal se põe à contenção do arbítrio, mediante a exigência de lei prévia, dispondo sobre o crime a pena a qual deve ser aplicada de forma isonômica a todos. A igualdade que é assegurada pelo princípio da legalidade, no sentido de generalidade da lei, previne atuações voluntaristas dos órgãos de persecução penal, não lhes sendo possível conceber tratamento diferenciado a réus em situações jurídicas idênticas.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli¹³², o princípio da legalidade é o que caracteriza especificamente o sistema cognitivo, ocupando um lugar central no sistema de garantias. O autor distingue a mera legalidade da legalidade estrita, aduzindo que, enquanto a primeira se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito, a legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal, isto é, abrange todo o sistema de garantias penais. “Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada”. O aspecto ora levantado é relevante para demonstrar que a legalidade se apresenta como princípio reitor, que reúne em seu núcleo todas as demais garantias que informa o sistema. É sob esse enfoque que os princípios examinados no presente trabalho são compreendidos.

¹³¹ Ibidem. p. 387.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica *et al.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

No mesmo sentido, Pablo Rodrigo Alflen da Silva¹³³ assevera que a relevância do princípio da legalidade é indiscutível, “expressando-se pelo fato de que todas as questões relativas às leis penais e à sua limitação têm de ser resolvidas a partir do princípio da legalidade”.

Embora seja comumente referenciado como um princípio de garantia do sujeito passivo da persecução penal e – e de fato é-, o princípio da legalidade ostenta uma dimensão maior: trata-se de garantia de integridade do sistema penal, evitando atuações voluntaristas e desiguais. Nesse aspecto, o princípio se afigura como garantia do princípio da igualdade de todos perante a lei, para que não se escolha a quem processar e a quem punir, promovendo um sistema penal seletivo.

Apresenta-se, ainda, como princípio indissociável da separação de poderes, porquanto evita que juízes se transformem em legisladores, afastando, casuisticamente, normas penais ou abrandando-as a favor de determinados sujeitos, o que desestabilizaria todo sistema de justiça criminal.

No plano processual, o princípio da legalidade sempre norteou a atuação dos agentes de persecução penal, tratando-se de esfera amplamente regulada, dele derivando outros princípios que atuam como conformadores da atuação dos agentes estatais. Nesse sentido, cabe analisar, os princípios derivados da legalidade em matéria penal que tocam diretamente o tema do presente trabalho, quais sejam, o princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, o princípio da jurisdicionalidade da pena e o princípio da legalidade de penas. Esses três princípios, que abrangem os aspectos processuais e materiais da colaboração premiada, fornecerão as balizas interpretativas para o enfrentamento do problema de pesquisa.

Saliente-se que o princípio da legalidade não pode ser compreendido de forma reducionista, apenas sob a faceta de garantia individual, examinado no caso concreto sob o ponto de vista de maior benefício ao réu, porquanto permitiria toda a sorte de respostas penais estabelecidas a partir de parâmetros subjetivos e extrajurídicos, a partir, por exemplo, do comportamento do réu perante os agentes estatais.

A ameaça ao sistema democrático parece evidente, porquanto colocaria juízes e promotores como protagonistas do sistema e transformaria os réus em verdadeiros objetos

¹³³ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **A função de garantia da lei penal: considerações acerca do princípio da legalidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 38 n. 150. Abr/jun. 2001.

dentro do processo, submetidos à vontade daqueles agentes estatais, investidos de poderes superiores aos do legislador, podendo conceder benefícios ao seu alvedrio. Dessa forma, a compreensão do princípio da legalidade enquanto elemento estruturante do sistema penal e processual penal se relaciona com princípios abaixo indicados, que dele são derivados, a indicar que toda a seara penal e processual penal é ambiente altamente regulado.

Assentado este pressuposto, cabe analisar os princípios derivados da legalidade especificamente incidentes no bojo do acordo de colaboração premiada.

3.3 Princípio da Obrigatoriedade e Indisponibilidade da Ação Penal

Tendo em vista a imbricada relação entre normas penais e processuais penais e a natureza híbrida do acordo de colaboração premiada, cabe iniciar o estudo do princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, enquanto conformadores da atuação do Ministério Público na persecução penal para, posteriormente, analisar a aplicabilidade destes no objeto de estudo deste trabalho.

É possível conceituar a obrigatoriedade da ação penal pública como o “dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito”¹³⁴. A obrigatoriedade se relaciona, portanto, com a necessidade de se conferir tratamento igualitário no âmbito de aplicação da lei penal, vedando que a vontade do membro do órgão de persecução penal crie distinções nessa esfera.

Nesse sentido, Teresa Armenta Deu¹³⁵ afirma que a obrigatoriedade da ação penal constitui uma garantia de igualdade entre as partes e independência do órgão acusador, nos países que a adotam, por isso impede que a negociação funcione como uma verdadeira transação nos moldes do sistema angloamericano. A partir da incidência do princípio da obrigatoriedade se colocam dois limites ao exercício da negociação no processo penal: o primeiro limite, seria em relação ao próprio objeto acordado e o segundo limite é a neutralidade judicial no exercício da função de controle de legalidade do acordo. O aspecto ressaltado pela autora quanto à necessidade de conformidade dos meios de negociação com o princípio da obrigatoriedade, o que envolve também o controle judicial sobre o objeto do acordo, é deveras importante para a

¹³⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal: estudos, pareceres e crônicas**. 15ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 216

¹³⁵ Deu, Teresa Armenta. **Sistemas Procesales Penales. La justicia penal em Europa Y América ¿ Un camino de ida y vuelta?** Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 140.

hipótese desenvolvida no presente trabalho, evidenciando que os mecanismos de consenso, e especialmente no caso tratado, a colaboração premiada, não podem ser transplantados para o sistema processual brasileiro sem a conformidade com os princípios vigentes.

Como corolário do princípio da obrigatoriedade, tem-se o princípio da indisponibilidade da ação penal, porquanto de nada adiantaria a obrigatoriedade se o Ministério Público pudesse desistir da ação penal¹³⁶. A indisponibilidade da ação penal se apresenta, dessa forma, como um desdobramento necessário da obrigatoriedade, atuando como barreira a atuações discricionárias e políticas no processo penal.

Do conceito acima, deflui a íntima relação do princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal com o princípio da legalidade, sendo correto dizer que se tratam, em verdade, de expressões do princípio da legalidade no processo penal, sendo por vezes utilizado até mesmo como sinônimo¹³⁷. Bem asseveram Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior¹³⁸ que “é princípio assente no Direito que a ninguém é dado dispor do que não lhe pertence, mormente em se tratando de valores sociais absolutamente relevantes”, acentuando que não se justificaria que o Ministério Público pudesse deixar de aplicar as normas penais estabelecidas pelo legislador, de forma discricionária, por juízo de oportunidade e conveniência.

Relevante, ainda, a correlação feita pelos citados autores entre o princípio da obrigatoriedade da ação penal e a democracia, porquanto sentido algum faria outorgar ao Ministério Público, por critérios pessoais ou políticos, a decisão quanto à aplicação da norma penal no caso concreto, uma vez que esta apresenta caráter cogente quando preenchidas as hipóteses fáticas de sua incidência¹³⁹. De fato, o princípio da legalidade e, por sua vez, a obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal se alinham ao princípio republicano, uma vez que prezam pela observância da separação de poderes e igualdade de tratamento de todos perante a lei, evitando escolhas casuísticas pelos agentes estatais. A compreensão da obrigatoriedade da ação penal remete, portanto, ao princípio da legalidade enquanto princípio geral do direito público.

Nessa linha de intelecção, aduz Luigi Ferrajoli que a obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal são integrantes, ao lado de outros princípios, do modelo teórico garantista, que

¹³⁶ Ibidem. p. 229.

¹³⁷ Ibidem. p. 216.

¹³⁸ Ibidem. p. 217.

¹³⁸ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 50.

¹³⁹ Op. Cit. p. 524.

afasta critério arbitrários e potestativos da função judiciária. Além disso, a indisponibilidade preveniria o valor da confissão e das transações e renúncias entre as partes, para além de concretizar o princípio da igualdade que proíbe o tratamento diferenciado a partir de perspectivas de oportunidade ou de postura processual do acusado e particularmente sobre “disponibilidade para negociar”.

É relevante referir-se à preocupação externada por Ferrajoli no sentido que a oportunidade no exercício da ação penal acabasse se convertendo em forma de pressão para eventuais acordos e estímulo à postura de colaboração do acusado. A obrigatoriedade exerceria, nesse viés, uma função de garantia para evitar que o processo penal se transformasse em instrumento de pressão perante o sujeito passivo e o Ministério Público se agigantasse no processo, podendo dispor da persecução penal de acordo com critério não previstos em lei e sem a necessária transparência que possibilitasse o efetivo controle.

Nereu Giacomolli¹⁴⁰ indica que o princípio da legalidade também se aplica à atuação jurisdicional, cujas decisões devem se subordinar à legalidade, pois “não há solução penal fora da jurisdição oficial”, havendo uma relação biunívoca e necessária entre lei e processo, estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade que se pressupõem reciprocamente. A advertência do autor se faz deveras relevante quando se trata de oportunidade no processo penal, uma vez que sinaliza que toda a atividade estatal no âmbito da persecução se desenvolve de forma regrada, distante de voluntarismos pessoais, seja do Ministério Público, seja do magistrado.

Ainda no estudo da dimensão jurídica do princípio da obrigatoriedade, cabe recorrer às lições de Luigi Ferrajoli que afasta a pretensa conexão entre o modelo acusatório e o princípio da oportunidade no processo penal, atribuindo essa equivocada percepção à modelos acusatórios antigos, nos quais a ação penal era exercida pelo ofendido, o que justificava o caráter discricionário.

Contudo, diante da publicização do processo e da acusação, segundo o referido autor, essa relação não mais se justifica, permanecendo em alguns países como resquício desse caráter originariamente privado, mas se convertendo, atualmente, em fontes de arbítrio pela ausência de controle sobre a atuação do órgão de acusação. Neste aspecto, já se observa que Luigi Ferrajoli não enxerga compatibilidade entre eventual poder de disposição conferido ao Ministério Público e o modelo teórico garantista, todo estruturado sobre a legalidade. O que se

¹⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

percebe é a aversão do modelo garantista defendido por Ferrajoli por margens de discricionariedade dos órgãos da persecução penal, para prevenir a proliferação de abusos e indevidas pressões em face do sujeito passivo¹⁴¹.

E nessa busca de controle da atuação dos órgãos estatais, é importante se atentar para a estreita relação entre o princípio da obrigatoriedade e o princípio da legalidade no âmbito do direito penal material, como defende Hassemer¹⁴², que destaca, com propriedade, a relação de conexão entre o princípio da legalidade no processo penal e o princípio “*nulla poena sine lege*”, porquanto uma imposição seletiva e oportunista das normas de direito material enfraquece, a longo prazo, essas normas, ensejando a impressão de desigualdade, inconsequência e engano. Nas palavras do autor, “uma execução desigual do direito penal material, no processo penal, danificaria o sistema de direito criminal, como um todo”.

Trata-se, destarte, da garantia de igualdade, vedando que o Estado escolha a quem irá processar. Para o referido autor, a legitimidade da decisão penal reside na aplicação igualitária do direito a todos e a adoção do princípio da oportunidade infringe o princípio da separação de poderes ao transferir às autoridades responsáveis pela persecução penal o poder de decidir sobre a persecução dos delitos. Por outro lado, o autor afirma o caráter utilitário do princípio da oportunidade, reconhecendo que seria a tendência “moderna” do processo penal, “orientado pelas consequências”, uma vez que não seria exequível obrigar a persecução de todo e qualquer delito, como exige o direito material.

Assim, elencando motivos para adoção da legalidade e da oportunidade, Hassemer sinaliza que a adoção da oportunidade seria aceitável para delitos de potencial ofensivo mediano, mas rechaça a amplitude gigantesca do princípio, especialmente tratando de lei que preveria a oportunidade para o delito de terrorismo, na qual prevaleceria o interesse criminalístico de esclarecimento e impedimento de prática de delitos (Tratar-se-ia de instituto similar ao acordo de colaboração premiada disciplinado pela Lei 12.850/2013, porquanto estabeleceria benefícios para crimes mais graves, como aqueles da criminalidade organizada). Neste caso de gravidade, Hassemer considera que a “oportunidade orientada pelas consequências pôs ao largo totalmente a legalidade orientada pela justiça”.

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 524.

¹⁴² HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 50.

Embora reconheça que não mais haverá uma forma pura de legalidade ou oportunidade e sim sistemas mais orientados à legalidade e outros mais afeitos à oportunidade, ele defende “tanta legalidade quanto possível, tanta oportunidade quanto necessário”, mas com atenção para que o direito penal orientado apenas pela necessidade “moderna” não se convole em “terrorismo estatal bem-intencionado”, assim como entende que os casos de oportunidade devem ser definidos de “forma totalmente precisa. Regras de oportunidade vagas destroem completamente o princípio da legalidade. A persecução penal oportunística se espalha de forma epidêmica.”.

O ponto problemático da oportunidade repousaria, justamente, na falta de controle das decisões que, a longo prazo, comprometeriam o direito penal material, razão pela qual o “mandamento da determinabilidade” seria fundamental ao processo penal, tal como no direito penal.

Antônio Scarance Fernandes¹⁴³ bem acentua no sentido de que a “fixação de critérios legais nos países da Europa continental e da América Latina para as alternativas procedimentais não é senão decorrência do modo como são produzidas as suas normas jurídicas, estabelecendo-se em textos escritos”. E nessa linha, ele afirma o princípio da obrigatoriedade não impede a alternatividade dos ritos, mas impõe que essa alternatividade será condicionada à lei, o que significa a restrição aos poderes do Ministério Público, não havendo nos modelos continentais autorização para concessões que estimulem confissões, como é típico do sistema anglo-saxão.

No direito brasileiro, Nereu Giacomolli¹⁴⁴ assevera que, não obstante a Constituição da República não faça menção expressa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, este pode ser haurido da atribuição institucional do Ministério Público de defesa da ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CFRB) e do disposto no art. 129, I, da CFRB, que atribui, com exclusividade ao Ministério Público o exercício da ação penal pública. Ademais, segundo o autor, uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal também faz evidente a incidência do aludido princípio.

Também Geraldo Prado¹⁴⁵, ao passo que assinala a ausência de previsão legal expressa do princípio da obrigatoriedade no Código de Processo Penal, assenta que a estrutura do referido

¹⁴³ FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 190.

¹⁴⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁴⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 47.

diploma legal está toda orientada por este princípio, exemplificando o disposto no art. 28¹⁴⁶, que exige a fundamentação nas hipóteses de arquivamento e a possibilidade de o juiz discordar destas. Acrescenta, ainda, como expressão do princípio da obrigatoriedade da ação penal, a previsão contida no art. 5º, LIX, da Constituição da República, que estabelece que, se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, será admitida a ação penal privada subsidiária. Segundo afirma, estes dispositivos indicam o “dever de o Ministério Público propor a ação penal, sem espaço para considerações de natureza de política criminal e sustentam-se na tese criminológica de que a cada crime deve corresponder a necessária punição, como indeclinável consequência jurídica”

No mesmo sentido, Andrey Borges de Mendonça afirma que o princípio da obrigatoriedade é extraído do art. 24¹⁴⁷ do Código de Processo Penal, assinalando que¹⁴⁸, “é do verbo no imperativo que parte da doutrina extrai o princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal”. Já o princípio da indisponibilidade da ação penal vem expresso no art. 42¹⁴⁹, que veda a desistência da ação, em conjunto com o art. 576, também do Código de Processo Penal, que proíbe a desistência do recurso por parte do *Parquet*. São dispositivos que, em conjunto com o art. 129, I, da Constituição da República informam o caráter obrigatório e indisponível da ação penal pública, de incumbência do Ministério Público enquanto órgão estatal.

Bem destaca Andrey Borges de Mendonça¹⁵⁰ que a incidência dos aludidos princípios não pode transformar o Ministério Público em um acusador a qualquer custo, podendo pedir absolvição caso verifique as provas não alcançaram o nível de convencimento necessário. A mesma observação se aplica para a propositura da ação penal, a qual somente se faz obrigatória se preenchidas as condições da ação.

¹⁴⁶ A referência feita pelo autor é ao art. 28 do CPP com redação anterior às alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, mas continua válida mesmo após a mudança, uma vez que, pela nova redação do art. 28 (suspensa por força de decisão do Ministro Luiz Fuz, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 6298, 6299, 6300 e 6305), permanece a necessidade de expor as razões do arquivamento, agora não mais para controle judicial, mas para controle do próprio órgão superior do Ministério Público.

¹⁴⁷ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

¹⁴⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (org.). **Colaboração Premiada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁴⁹ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

¹⁵⁰ Op. Cit. p. 256.

Decerto, quando se fala nos princípios que informam a atuação do Ministério Público na ação penal se pressupõe o preenchimento das hipóteses fáticas, não havendo que se falar em obrigatoriedade da ação penal para fatos atípicos, por exemplo, pois não se admite uma acusação cega. Por isso, tais princípios – obrigatoriedade e indisponibilidade- não são antagônicos à independência funcional. A independência funcional se presta à garantia de que o membro do Ministério Público possa, de forma motivada e justificada, manifestar seu entendimento nos autos, de acordo com a hipótese fático-jurídico que se faça presente. Contudo, uma vez entendendo, com base na independência funcional, pela ocorrência de fato típico, com autoria e materialidade definida, deve o membro do Ministério Público propor a ação penal e não pode dela desistir (princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal) embora possa pedir absolvição se convencido das hipóteses legais.

Agregue-se que, além de o princípio da obrigatoriedade da ação penal encontrar assento nos dispositivos supra referidos, no plano internacional pode ser haurido também das Regras Mínimas das Nações Unidas para Justiça Penal, documento conhecido como Regras de Mallorca¹⁵¹, do qual consta, dentre os princípios gerais¹⁵², a função de controle do Poder Judiciário em face de eventual omissão do exercício da ação penal, assim como que, havendo discricionariedade do Ministério Público, as diretrizes serão estabelecidas em lei para assegurar a equidade e coerência de critérios para acusar, exercer a ação penal e renunciar ao seu ajuizamento.¹⁵³

Feita a abordagem acima, cabe analisar a atual dimensão da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal frente aos espaços de consenso existentes no processo penal brasileiro e eventual incidência do princípio da oportunidade da ação penal. Para tanto, convém recorrer, mais uma vez, à obra de Nereu Giacomolli, que examinou, em tese de doutoramento, ainda no ano de 2001, o princípio da legalidade, oportunidade e consenso no processo penal, mediante estudo do direito comparado e da realidade brasileira, vigente à época quando o consenso se situava no âmbito das disposições da Lei 9.099/95 e da Lei 10.259/01.

¹⁵¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal**. [S. l.]. CIDH. Disponível em <<https://www.cidh.oas.org/privadas/reglasdemallorca.htm>>. Acesso em 04 de abril de 2021.

¹⁵² A) 3. En tanto la función acusadora incumba a órganos estatales, se establecerán mecanismos de control judicial para el supuesto en el que el ejercicio de la acción penal por aquellos sea omitido o denegado

¹⁵³ Tercero: Cuando los Fiscales estén investidos de facultades discrecionales, se establecerán, en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento.

Para o referido autor, a oportunidade é a “contraposição teórica da legalidade”, sendo incompatível com esta se for pura, isto é, um sistema de oportunidade pura não se compatibiliza com a legalidade. Veja-se a definição de oportunidade no processo trazida pelo mencionado autor:

Um sistema instrumental criminal se fundamenta na oportunidade quando os sujeitos encarregados da persecução dos fatos com aparência de infração criminal investigam ou não, de acordo com critérios próprios; quando se permite ao titular do poder de acusar a dedução ou não de uma acusação, ou a disponibilidade sobre os fatos, a qualificação jurídica, sobre a pena e a respeito dos autores dos fatos. Ademais, o Ministério Público, em um sistema de oportunidade, tem a liberdade de manter ou não a acusação, de executar ou não a condenação e de eleger a forma de execução. Em suma, os órgãos oficiais tem um poder de disposição absoluto sobre os fatos, sobre os autores, sobre a qualificação jurídica, sobre o processo e a respeito de suas consequências¹⁵⁴.

Traçando a linha evolutiva do consenso no processo penal brasileiro, o autor¹⁵⁵ indica o art. 98, I¹⁵⁶, da Constituição da República, que previu a criação dos juizados especiais criminais, o que foi concretizado pela edição da Lei 9.099/95, que definiu o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo e trouxe a possibilidade da transação penal. Entretanto, ele ressalva que os poderes para transação e suspensão do processo são limitados aos pressupostos fáticos e jurídicos legais, não cabendo ao Ministério Público, “*sponte sua* decidir se acusa ou não, se transaciona ou não sobre a pena, ou se pede ou não a suspensão do processo”. Por isso, o autor conclui que não houve introdução do princípio da oportunidade no processo penal brasileiro com a introdução dos mencionados institutos pela Lei 9.099/95, mas sim “uma normatização de um certo poder de disponibilidade sobre a espécie de pretensão a ser deduzida e sobre a continuação ou não do processo”. Ainda nesse tema, Nereu Giacomolli apontava a Lei 10.259/01 como a principal e mais abrangente alteração dos espaços de consenso no processo penal, uma vez que ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo para os delitos com penas máximas de até 2 anos.

¹⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 387.

¹⁵⁵ Ibidem. p. 308.

¹⁵⁶ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Decerto que após a introdução dos dois institutos, os espaços do direito penal negocial se alargaram com a edição da Lei 12.850/2013, regulando o acordo de colaboração premiada e, de forma mais recente, com a edição da Lei 13.964/2019 e a positivação do acordo de não persecução penal. Todavia, a despeito do surgimento de novos institutos, as conclusões do autor quanto ao não acolhimento do princípio da oportunidade permanecem válidas, porquanto a estrutura processual brasileira permanece hígida sob as bases da obrigatoriedade da ação penal, ainda que com espaços regulados em lei para o exercício do acordo.

Mesmo na hipótese de transação penal, quando se abdica do próprio processo e do oferecimento da denúncia, diante de acordo celebrado com o réu, preceitua o autor que “tanto a atuação do acusador, quando a da defesa estão estabelecidos em lei. O legislador regrou quando o acusador deverá exercer a pretensão alternativa e quando a defesa pode optar entre sujeitar-se a um processo comum ou aceitar sua terminação antecipada”¹⁵⁷. A exigência de regramento expreso para admissibilidade de outros mecanismos de consenso continua presente, razão pela qual é inafastável a conclusão que o sistema processual brasileiro é regido pelo princípio da obrigatoriedade.

Gustavo Badaró¹⁵⁸, por sua vez, entende que a transação penal seria uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, representando a adoção do princípio da discricionariedade regulada por lei, não se tratando de discricionariedade pura, uma vez que as hipóteses que admitiriam a transação penal, assim como as consequências dela advindas, são estabelecidas em lei. Outrossim, o autor destaca que se trataria de uma exceção ao princípio da *nulla pena sine iudicio*¹⁵⁹.

Veja-se, portanto, que os dois autores apresentam ponto de convergência no sentido de que a transação penal não expressa adoção do princípio da oportunidade ou discricionariedade, haja vista que há uma atuação regulada por lei. Inexiste, mesmo nos espaços de consenso, ampla margem de discricionariedade para as partes celebrantes, uma vez que a atuação estatal será regida pelas disposições legais atinentes à matéria.

¹⁵⁷ Op. Cit. p. 332.

¹⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 738.

¹⁵⁹ Sobre a exceção apontada pelo referido autor em relação ao princípio *nulla pena sine iudicio* pode-se objetar que nestes institutos, diversamente da colaboração premiada, não se está diante propriamente da aplicação de pena ao réu, mas sim de obrigações processuais que, uma vez cumpridas, levarão à extinção de punibilidade, sem que ele tenha vulnerada a presunção de inocência, já que não há admissão de culpa e nem condenação. Diversamente ocorre com a colaboração premiada, na qual há, ao final, a aplicação de pena pelo magistrado e se exige a confissão do delator.

As assertivas acima, embora direcionadas à transação penal, podem ser transpostas às demais categoriais do direito penal negociado brasileiro, no qual se insere a colaboração premiada. Assim, transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal e também colaboração premiada são espécies de negócio jurídico processual nos quais a manifestação de vontade é exigida para adesão a uma das categorias disponíveis no ordenamento jurídico, desde que preenchidos os requisitos legais, não se tratando de faculdade conferida ao Ministério Público e ao réu para todo e qualquer delito. Ou seja, a negociação somente é admissível nas hipóteses expressamente previstas em lei, o que denota a marca da excepcionalidade, extraída do caráter restritivo de tais negócios jurídicos à estrita previsão legal, o que corrobora a vigência do princípio da obrigatoriedade.

É nessa ótica de exercício de atividade normativamente condicionada que a colaboração premiada precisa ser compreendida, uma vez que inserida no bojo de processo penal regido por princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade, que condicionam a atuação dos sujeitos processuais. A reforçar a afirmação ora colocada, tem-se a inserção do art. 3º-B, §1º, na Lei 12.850/2013 que estabelece a obrigação de motivação da recusa da proposta pelo membro do Ministério Público, sempre a indicar a tendência de contenção e controle da atividade dos órgãos da persecução penal, o que só se justifica no contexto do princípio da obrigatoriedade.

Decerto, a Lei 12.850/2013 traz margem de discricionariedade para atuação do celebrante¹⁶⁰, uma vez que contempla até mesmo o não oferecimento de denúncia, desde que observadas as condições de não se tratar do líder da organização criminosa e ser o primeiro a colaborar com a investigação. Observados esses dois requisitos, os aspectos de utilidade e conveniência do acordo ficam ao alvedrio do órgão de acusação, mas desde que devidamente justificados. Há o prêmio máximo previsto em lei, que é o não oferecimento de denúncia, mas desde devem ser atendidas as condições dispostas em lei.

Depreende-se, assim, que sempre que houver espaço de disponibilidade disciplinados legalmente, o princípio vigente é o da legalidade e é justamente dentro das hipóteses reguladas em lei e nos seus estreitos limites que os espaços de consenso serão ocupados no bojo a persecução penal.

¹⁶⁰ Nesse aspecto, Callegari e Linhares sustentam que deve haver um mecanismo de controle a respeito da negativa da autoridade estatal na pactuação do acordo, em um sistema semelhante ao previsto no art. 28 do CPP, para que não fique a cargo de um único agente público o exame discricionário acerca da realização do acordo. (CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada : lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 142).

A leitura que se faz da colaboração premiada à luz deste princípio é de um espaço normativamente regulado, mas no qual não é conferido aos agentes estatais a disposição sobre a persecução penal fora das hipóteses previstas em lei.

A existência de mecanismos de negociação no processo penal não desnatura o sistema processual adotado, permanecendo a matriz da obrigatoriedade da ação penal, com espaços, expressamente previstos em lei, nos quais se faz possível o acordo, de forma que o princípio se harmoniza com os espaços negociais, mas não perde sua força normativa, enquanto “mandamento nuclear do sistema”. O acordo é possível, mas não em qualquer caso, não sob qualquer forma e não sob qualquer condição. Apenas nas hipóteses legais, sob a forma e condições também positivadas.

Essa normatividade do princípio da obrigatoriedade será oportunamente considerada quando do exame do sistema de premialidade da colaboração premiada adequado ao processo penal brasileiro.

3.4 Princípio da jurisdicionalidade da pena

Como já afirmado quando se tratou sobre negócio jurídico processual, o acordo de colaboração premiada, embora seja firmado no processo e tenha como objetivo principal a produção de efeitos probatórios, também apresenta evidente reflexo no direito material em aspecto de extrema sensibilidade para o direito penal, qual seja, a aplicação da pena.

Os prêmios efetivamente oferecidos por meio do acordo de colaboração pertencem à categoria de pena¹⁶¹ e atraem o regime jurídico desta, conforme firmado no primeiro capítulo deste trabalho. É nessa perspectiva de coerência sistêmica entre as normas de aplicação da pena e a disciplina da sanção premial que a legalidade das cláusulas do acordo de colaboração deve ser estudada.

Ganha relevo, para o estudo acima proposto, o princípio da jurisdicionalidade da pena, que se relaciona à competência para aplicação da sanção em matéria penal, ligando-se, desta forma, à estrutura processual adotada no ordenamento jurídico. Veja-se que não se trata de aspecto de menor importância quando se fala dos prêmios advindos do acordo de colaboração premiada, diante da existência de acordos que já trazem penas previamente fixadas ou estabelecem limites máximos às sanções.

¹⁶¹ Acerca desse tema, já se tratou no item 1.4 deste trabalho, evidenciando que a sanção premial pertence à categoria de pena.

A relevância da análise emerge a partir da indagação quanto à validade de tais cláusulas. Ou seja, se a pena fixada no acordo pelo agente celebrante (Ministério Público ou delegado de polícia) se constitui em prêmio válido? Há respeito à legalidade das sanções quando se permite que agente estatal diverso do magistrado estabeleça a sanção, ainda que em consenso com o réu colaborador? A fixação de pena no próprio acordo não significaria disposição sobre a competência no processo?

O exame das questões acima perpassa pela compreensão do princípio da jurisdicionalidade das penas no contexto do direito penal negocial, servindo este como mais um critério balizador para estabelecer o regime de legalidade das penas concedidas ao réu colaborador.

E cumpre já destacar a relação mantida entre o princípio da jurisdicionalidade e o princípio da obrigatoriedade supra analisado. Isso porque, enquanto o princípio da obrigatoriedade limita a atuação do Ministério Público vedando que este atue em dessintonia com a lei, o princípio da jurisdicionalidade da pena com ele se conjuga, no sentido de delimitar a competência para aplicação de sanções e imposição de obrigações em matéria penal.

De acordo com esse princípio, haurido do regime constitucional que adota o princípio acusatório¹⁶², como também do art.5º, LXI¹⁶³, da Constituição da República, que estabelece que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, bem como a cláusula do devido processo, segundo a qual ninguém será privado da sua liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal.

¹⁶² Com a Lei 13.964/2019, o princípio acusatório foi expressamente positivado no Código de Processo Penal, no Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. A despeito de a referida norma se encontrar suspensa por força de medida liminar concedida nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o sistema processual brasileiro já se orientava para a matriz acusatória, não havendo, em virtude das referidas decisões, retrocesso em relação ao sistema inquisitório.

Nesse sentido, a par da divergência doutrinária quanto ao conceito de sistema acusatório, adota-se a posição sintetizada por Gustavo Badaró, para quem a essência do sistema acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Em contraposição, o sistema inquisitório, essas funções se concentram na mesma pessoa, figurando o réu como objeto do processo e não sujeito de direito (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 107).

Ainda no tema do princípio acusatório, é importante a crítica de Aury Lopes Jr., que se alinha a Luigi Ferrajoli em posição já abordada no presente trabalho, consignando que a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada uma exigência do processo penal de partes. (LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 252)

¹⁶³ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Em âmbito infraconstitucional, do art. 59 do Código Penal, a dosimetria e fixação de pena é tarefa reservada ao magistrado, que deve ser realizada ao final do processo, após a produção de provas em juízo e formação da culpa. De forma bem objetiva, segundo Nefi Cordeiro, pelo princípio da jurisdicionalidade da pena “se compreende que apenas ao juiz é dado dosar e fixar a pena do condenado”¹⁶⁴.

Luigi Ferrajoli¹⁶⁵ denomina este princípio de “estrita submissão das penas à jurisdição”, que determina exatamente “que a pena seja aplicada e concretamente determinada pelo juiz, quanto à sua natureza e medida, nas formas e com as garantias próprias do juízo penal (*nulla poena sine iudicio*)”. Ainda na esteira do mestre italiano, cabe destacar a estreita relação que ele apresenta entre legalidade e submissão à jurisdição, como concretização da função de prevenção geral¹⁶⁶:

Precisamente, enquanto o princípio de legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (*faida*) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão judiciário, ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição.

Nereu Giacomolli, em obra já referenciada neste trabalho quando se tratou sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal e que, embora escrita anteriormente à Lei 12.850/2013 fixou premissas teóricas que são aplicáveis ao acordo de colaboração premiada, destacou que, diferente do que ocorre no *plea bargaining*, há um controle jurisdicional sobre a conformidade:

Assim, o magistrado não se vincula ao consenso, podendo determinar o prosseguimento do processo, aplicar uma pena menos grave da conformada e absolver o acusado. Apesar da aceitação da pena produzir o julgamento antecipado do processo penal, não se admite a vinculação do magistrado à pena conformada, na medida em que a aceitação da pena pactuada afronta às

¹⁶⁴ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 189.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 663.

¹⁶⁶ *Ibidem*. p. 496.

garantias do acesso ao Poder Judiciário, da tutela judicial efetiva, a qual também compreende o julgamento da pena devida.¹⁶⁷

O princípio em comento se afigura, portanto, como garantia ao sujeito passivo de que a pena aplicada será feita por sujeito imparcial e com discricionariedade limitada, vinculando-se, nesse desiderato, ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, positivado no ordenamento jurídico brasileiro no art. 93, IX, da Constituição da República, pois, como assevera Salo de Carvalho, a tarefa judicial de aplicação da pena é alcançada pelo princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), “exigindo não apenas argumentação convincente dos motivos que levaram à definição da espécie da quantidade de pena aplicada, mas explícita demonstração probatória das circunstâncias apontadas como idôneas à exasperação punitiva”¹⁶⁸.

Estabelecidas essas premissas, cabe analisar a incidência deste princípio na disciplina dos prêmios oriundos dos acordos de colaboração premiada, especialmente no que concerne à fixação de penas concretas no acordo ou a limitação destas a um limite máximo estabelecido pelos celebrantes. Nestas hipóteses, a atividade de aplicação da pena, em termos práticos, é efetuada pelo celebrante, pois, ainda que o acordo tenha que obrigatoriamente ser levado à homologação judicial e, portanto, a pena fixada também passaria pelo crivo do judiciário, a homologação não se confunde com o juízo de mérito da denúncia e com a atividade de aplicação da pena.¹⁶⁹

Em obra que trata especificamente de acordo sobre a sentença, Jorge Figueiredo Dias¹⁷⁰ assinala não ser admissível os acordos sobre a medida concreta da pena, pois significaria ofensa ao princípio da culpa e aproximaria o acordo de troca, barganha processual, uma vez que somente ao Tribunal compete ponderar todas as circunstâncias do caso e encontrar o *quantum* de pena. Para o autor, o princípio da culpa decorre do princípio do Estado de Direito e tem como finalidade primordial a defesa da dignidade humana, constituindo um princípio jurídico-constitucional imperativo.

¹⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 392.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur e Almedina, 2018. (Instituto Brasiliense de Direito Público). p. 432.

¹⁶⁹ Conforme visto no tópico 1.4.1., nos acordos firmados na Operação Lava Jato, a fixação da pena em patamar fixo foi prática recorrente.

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença no processo penal**. Coimbra: Almeida, 2011, p. 51.

Acerca do problema acima, Néfi Cordeiro¹⁷¹ afirma que, caso se admitisse a fixação de penas concretas nos acordos de delação, estar-se-ia violando o sistema acusatório e permitindo a concentração de poderes em único órgão: o Ministério Público investigaria, acusaria e ele próprio efetuaria o julgamento:

Mais do que a violação à lei, à jurisdicionalidade da função dosadora da pena, o estabelecimento de pena pelo órgão acusador durante a negociação acaba por gerar direta violação ao modelo acusatório do processo: o Ministério Público investiga – por procedimento até específico e próprio – acusa- mesmo antes da denúncia, indicando os crimes que perseguirá, esperando-se sem excesso, sem overcharging – admite a culpa – que mesmo assumida pelo colaborador exigirá em nosso país o reconhecimento apenas ao final do processo judicial – e fixa a pena- negociada-, agora até determinando seu cumprimento imediato – pena sem processo e sem condenação. É forte reunião de funções processuais, em claro formato inquisitório.

Realmente, em processo acusatório, não pode o próprio acusador fixar a pena, ainda que com a concordância do acusado. A separação de funções é forma de controle e limitação que não podem permitir concessões.

Ainda na esteira da doutrina de Nefi Cordeiro¹⁷², a delação consubstancia um ato complexo, formado a partir de mais de um órgão estatal, porquanto se trata de acordo firmado com o delegado de polícia ou ministério público e homologado judicialmente. Assim, aduz o autor que não poderá o magistrado forçar o Ministério Público a denunciar e, da mesma forma, não pode o negociador estatal dosar a pena.

É justamente sob o enfoque de separação de funções em âmbito processual que os acordos que já fixam as penas vulneram o princípio ora abordado, que se afigura como estruturante do sistema acusatório e, no que concerne à lei de colaboração premiada, vem expressamente consagrado no art. 4º, § 7º¹⁷³, da Lei 13.964/2019, que estabelece que compete ao juiz o dever/competência de analisar, de forma fundamentada o mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Código Penal, com exceção dos casos de não oferecimento de denúncia e ou de já ter sido proferida sentença. O

¹⁷¹ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 204.

¹⁷² *Ibidem*. p. 143.

¹⁷³ Art. 4º, § 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

texto legal é claro, não deixando margem para interpretação dúbia quanto ao alcance da garantia ora analisada.

Somente nas hipóteses de não oferecimento de denúncia e de acordo celebrado após a prolação da sentença é que não haverá o exame judicial acerca do mérito da denúncia ou de já ter sido proferida sentença, quando incidirá o disposto no art. 4º, §5º da Lei 12.850/2019¹⁷⁴, que prevê a redução da pena até a metade ou progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos, sendo que, neste último caso, já terá havido dosimetria e fixação de pena efetuada pelo órgão jurisdicional.

Depreende-se, portanto, que a Lei 12.850/2013, especialmente por força do art. 4º, §7º, é clara no respeito ao princípio da jurisdicionalidade da pena, uma vez que de forma expressa situa a atividade de concessão de benefícios no âmbito da competência jurisdicional, com o dever expresso de análise do mérito da denúncia. Desse dispositivo, se extrai, ainda, que a aplicação da sanção derivada do acordo firmado pelo colaborador não se constitui como cogente, uma vez que o dever de análise do mérito da denúncia indica a possibilidade, por exemplo, de absolvição ou de reconhecimento de eventual nulidade processual.

A exegese do precitado dispositivo normativo demonstra que o acordo não possui, em desfavor do sujeito passivo, força de imediata execução, sendo proscritas, nesse sentido, cláusulas que imponham o cumprimento das obrigações de maneira imediata pelo colaborador, pois cabe frisar, no momento da sentença, pode o magistrado entender pela absolvição do delator diante da insuficiência das provas apresentadas pela acusação ou mesmo pela incidência de uma hipótese de prescrição, de inimputabilidade, de uma participação de menor importância... são diversas as variáveis do processo penal que podem ocasionar um desfecho diverso e até mesmo mais favorável ao réu do que a sanção oriunda do acordo de colaboração.

Nesse sentido, a celebração do acordo garante ao delator a obtenção de benefícios a partir de sua atividade colaborativa, mas não constitui uma obrigação de aplicação da pena pelo Estado, a qual só se efetivará mediante análise do mérito da denúncia, podendo, se for o caso, o processo resultar até mesmo em absolvição, inclusive para o delator, o que foi corroborado pela recente inserção do §§ 7º e 16 do art. 4º da Lei 12.850/2019¹⁷⁵.

¹⁷⁴ § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

¹⁷⁵ Art. 4º, § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:

I - Medidas cautelares reais ou pessoais;

II - Recebimento de denúncia ou queixa-crime;

O primeiro dispositivo sinaliza que a competência para concessão dos prêmios é do magistrado, inclusive devendo realizar todas as etapas de dosimetria da pena para, posteriormente, aplicar, sobre aquela pena, os benefícios legais. Por sua vez, o §16 do art. 4º indica a insuficiência da delação para prolação de um edito condenatório, do que se extrai que o acordo não vale por si só. Ele precisa de outras provas e, mesmo em relação ao réu delator, não será proferida condenação com amparo apenas em suas declarações.

Cabe sinalizar que o princípio em comento se liga diretamente à questão da previsão de penas líquidas ou penas fixadas em patamar máximo no bojo dos acordos de colaboração premiada, matéria que será examinada com maior profundidade quando se tratar do sistema de premialidade da colaboração premiada.

Contudo, cabe sinalizar, desde logo, que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, convalidou acordos nos quais se estabelecia tal modalidade de benefício, a exemplo da PET 5.244, cuja validade foi reconhecida por meio do HC 127.483, já referido nas linhas iniciais deste trabalho. Ainda sobre a previsão de penas líquidas, é oportuno verificar a pesquisa efetuada por Marcelo Rodrigues da Silva¹⁷⁶ em relação a diversos acordos firmados na Operação Lava Jato, no qual expõe que em número relevante destes foram pactuadas penas fechadas, com padrões de redução dissociados de qualquer parâmetro legal.

Em posição divergente à manifestada de forma majoritária pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski recusou a homologação de acordo de colaboração contendo cláusula que estabelecia patamar punitivo máximo, na PET n.º 7.265¹⁷⁷. Na oportunidade, o Relator, invocando, dentre outros fundamentos, o princípio ora em comento, aduzindo que não seria lícito às partes “fixar, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador”.

Ainda na análise do julgado sob o prisma do princípio da jurisdicionalidade das penas, foi consignado em relação à pena de multa, de caráter pecuniário, mas que não perde sua natureza de sanção penal, que caberia às partes apenas indicar o valor que lhe parecesse adequado à reparação do dano, “competindo exclusivamente ao magistrado responsável pela

III - Sentença condenatória.

¹⁷⁶ A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 285–314, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>.

¹⁷⁷ STF. **PET 7265**. [S. l.], 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf>>. Acesso em: 11/12/2020.

condução do feito apreciar se o montante estimado é suficiente para indenização dos danos causados pela infração”.

A referida decisão alude de forma expressa à necessidade de contenção dos poderes das partes celebrantes para estabelecimento de cláusulas no acordo de colaboração premiada, preservando-se a competência jurisdicional para as matérias sujeitas à reserva de jurisdição, dentre as quais se incluem, por excelência, a tarefa de aplicação da pena, o que ensejou a devolução do acordo para repactuação de suas cláusulas, não apenas daquelas que contrariavam texto expresso de lei, como também cláusulas incompatíveis com o sistema constitucional vigente. Saliente-se que, na referida PET 7.265, outras inconformidades foram apontadas no que tange à legalidade dos prêmios fixados, o que será abordado no tópico subsequente. Por ora, é pertinente a menção específica à ilegalidade de fixação de pena e execução imediata em decorrência do acordo, por se tratar de transgressão ao princípio ora analisado.

Por força do princípio em comento, a fixação de sanções fechadas no acordo de colaboração premiada estaria vedada. Poder-se-ia objetar a necessidade de garantir a segurança jurídica do colaborador, mediante a previsão da pena que lhe seria aplicada. Todavia, em verdade, tal postura faria prevalecer o pactuado em detrimento das disposições legais da matéria, o que não se compatibiliza com o processo penal brasileiro, estruturado sob a matriz da legalidade estrita.

Ou seja, o recurso ao argumento de segurança jurídica do colaborador não pode significar revogação das cláusulas legais para prevalência do acordado sobre o legislado, abrindo espaço para que, através do mencionado negócio jurídico houvesse indevida disposição de normas de direito material de caráter cogente e fosse afastada a necessária atuação jurisdicional, com usurpação de funções entre os sujeitos processuais e vulneração do princípio acusatório. A segurança jurídica advém, justamente, do respeito à legislação e já se demonstrou haver expressa positivação quanto à competência jurisdicional para aplicação da sanção premial, que constitui uma derivação da pena.

Veja-se, ainda, a relação do princípio da jurisdicionalidade com o princípio da individualização da pena, que estabelece a necessidade de dosimetria da sanção a ser realizada pelo juiz de forma fundamentada, a partir de critérios legalmente previstos.

Nos processos de colaboração premiada, a dosimetria de pena encontra parâmetros estabelecidos no art. 4º, §1º, da Lei 12.850/2013, referidos por Salo de Carvalho¹⁷⁸ como “individualização da colaboração”, o que revela, segundo o autor, a incompatibilidade de uma adesão judicial irrestrita aos termos do acordo de delação premiada com o modelo constitucional de responsabilização penal.

Não obstante ressaltar a competência constitucional do juiz para aplicação da pena, o autor sustenta que os limites trazidos pelo acordo de colaboração funcionariam como limites máximos à pena a ser aplicada ao colaborador, como espécie de garantia a este. Apesar da posição conciliatória defendida pelo autor, a ela não se adere, porquanto permitir que o acordo fixe limites máximos, como visto, vulnera a competência constitucional do magistrado para aplicação da pena e não encontra previsão legal. Os limites máximos de sanção já se encontram na lei, não havendo margem legal para disciplina diversa estabelecida pelo Ministério Público, sob pena de vulneração ao princípio ora estudado.

3.5 Limites decorrentes do princípio da legalidade das penas: impossibilidade de criação de modalidades de sanção não previstas em lei

Além da jurisdicionalidade das penas e da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, cumpre examinar as limitações hauridas do princípio *nulla poena sine lege*, uma das derivações do princípio da legalidade em matéria penal, que preconiza que a quantidade e a qualidade das penas devem corresponder a uma previsão legal. É a compreensão desse princípio e sua aplicação aos acordos de colaboração que fornecerá, junto aos demais princípios, o subsídio necessário para a resposta ao problema da presente pesquisa, fornecendo parâmetros seguros para definição do sistema de premialidade vigente nos acordos de colaboração premiada.

Segundo Luigi Ferrajoli¹⁷⁹, o princípio da legalidade das penas teria como critérios complementares os princípios da necessidade e da dignidade da pessoa humana, que serviriam para vincular a qualidade da pena à igualdade, legalidade e o caráter apenas privativo da pena. Por isso, segundo o mestre italiano, não teria legitimidade qualquer distinção na execução penal,

¹⁷⁸ CARVALHO, Salo de. Colaboração premiada e aplicação e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (org.). **Sentença criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 631.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 364.

tampouco a flexibilidade ou incerteza na duração da pena, que também não se compatibilizaria com atividades pedagógicas ou corretivas na expiação da pena.

Callegari e Pacelli¹⁸⁰ destacam a importância do princípio da legalidade penal não apenas na definição da conduta incriminadora, comumente referido pela doutrina, mas também em relação à definição da pena:

Pode-se dizer, então, que o princípio da legalidade em matéria penal abarcaria também o do reserva legal, posto que a própria expressão (legalidade) ostenta uma dimensão mais ampla, quanto ao conteúdo, referindo-se à totalidade do ordenamento. A doutrina, porém, de modo geral, cuida do princípio da legalidade como se referindo apenas à exigência de prévia tipificação penal do comportamento proibido. E tanto para a definição de crime quanto da pena. De fato, não se pode admitir qualquer margem de arbitrariedade judiciária na aplicação de sanção a um fato definido como crime. Por isso, *não há crime sem previsão legal e nem pena sem prévia cominação em lei, segundo nossa Constituição (art. 5º, XXXIX) e nosso Código Penal (art. 1º).*

O princípio da legalidade das penas emerge como garantia de contenção ao arbítrio estatal, resguardando o cidadão frente à discricionariedade ilimitada do magistrado na aplicação da sanção. A prévia definição da conduta incriminadora e da respectiva sanção é base estruturante de um direito penal democrático, calcado na dignidade humana, pois não seria suficiente prever de forma taxativa a conduta se o patamar e qualidade da sanção não encontrasse delimitação definida em lei. A aplicação da sanção é matéria que se insere, portanto, na reserva absoluta de lei.

A garantia ora estudada, por ser um dos aspectos da legalidade penal, se vincula também ao princípio da isonomia, afastando critérios intangíveis na aplicação da reprimenda, variáveis de acordo com o voluntarismo do julgador e as qualidades pessoais do réu. A discricionariedade na aplicação da pena existe e deve existir, mas contida através de um juízo de proporcionalidade prévio do legislador e guiada pela necessidade de fundamentação e racionalidade da decisão.

Exatamente em virtude do respeito ao princípio da isonomia que a definição da reprimenda penal não pode ser previamente fixada em termos quantitativos e qualitativos, sob pena de vulnerar princípios igualmente caros ao direito penal como o da culpabilidade e gravidade do dano causado pelo delito. A pena fixa é verdadeiramente incompatível com um sistema penal que reclama individualização da sanção. A margem de discricionariedade se faz

¹⁸⁰ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 92.

necessária ao magistrado para que, atento ao caso concreto, imponha a sanção adequada, guiado por critérios legais.¹⁸¹

A lei penal traz parâmetros punitivos mínimos e máximos, num juízo de ponderação prévia do legislador, que busca atender à legalidade penal e se harmoniza com isonomia, resguardando que condutas com culpabilidade diversas sejam reprimidas de acordo com as circunstâncias próprias, mas dentro de limites estabelecidos na legislação. Nesse sentido, Andrei Zenkner Schmidt¹⁸²:

Adaptada, portanto, a reprimenda penal aos princípios da *isonomia e culpabilidade*, torna a taxatividade da lei a exercer influência sobre o novo critério. Uma vez admitido que, em nome da equidade, deve a sanção penal ser fixada segundo um limite mínimo e máximo, resguarda o princípio da legalidade que tais limites não sejam indeterminados ao ponto de não fornecerem à sociedade a segura previsibilidade das consequências de seus atos.

O princípio em estudo se conjuga, nos sistemas continentais europeus, com o princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal já abordados nas linhas anteriores, uma vez que toda atuação do Estado no âmbito da persecução se desenvolve condicionada e conformada pela lei, sem espaço para discricionariedade ampla. As margens de discricionariedade são reguladas e previstas na própria legislação, ponto distintivo em relação aos países que adotam o sistema *common law*, nos quais, como bem ressalta Frederico Valdez¹⁸³ o Ministério Público dispõe de uma discricionariedade quase ilimitada, além de admitir a aplicação da sanção com base apenas na confissão do imputado.

A legalidade estrita, nos países de tradição romano-germânica, constitui base estruturante do sistema, repelindo qualquer pretensão de ampliação desregrada dos poderes conferidos ao Ministério Público e até mesmo ao Judiciário. Os espaços de alguma discricionariedade conferida ao julgador, como ocorre na aplicação da pena, mediante a previsão legal de limites mínimo e máximo, exige exposição de fundamentação específica, de forma a permitir o controle da decisão. A necessidade de fundamentação se afigura mecanismo

¹⁸¹ Nesse sentido, José Antonio Paganella Boschi afirma que a incumbência da aplicação da pena é do magistrado no caso concreto, que deve operar no sistema de penas variáveis a partir da igualdade e diferença, indivíduo e individualização da pena conforme a culpabilidade. (BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 20).

¹⁸² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 264.

¹⁸³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 65.

de controle da decisão por instâncias superiores, se tratando de atividade regulada e condicionada à previsão legal. Inexiste, portanto, ampla discricionariedade que permita ao juiz, por exemplo, se distanciar dos parâmetros legais por razões pessoais, subjetivas e de política criminal próprias.

Como já abordado quando se tratou da dimensão do princípio da legalidade como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito e garantia de outros princípios como igualdade, segurança jurídica e separação de poderes, a atuação subordinada à lei se constitui como garantia não apenas do réu frente ao Estado, mas não apenas como garantia. Ela conforma a atuação dos agentes estatais, evitando que substituam o legislador e, especificamente no âmbito penal, impede que convertam o direito penal em amplo espaço de discricionariedade, não passível de controle e propulsor de discriminações. Assim, é também em razão da necessidade de controle sobre as decisões judiciais, que se coloca a garantia de legalidade, uma vez que somente a aderência a critérios legais permite o controle da decisão.

Na perspectiva brasileira, cabe salientar entendimento consolidado dos tribunais pátrios quanto à inadmissibilidade aplicação da pena abaixo do parâmetro mínimo estabelecido, mesmo na hipótese da presença de circunstância atenuante da pena. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou súmula sufragando o entendimento jurisprudencial no sentido de que nem mesmo a incidência de uma atenuante pode conduzir à aplicação da pena em patamar inferior ao mínimo previsto: “Súmula 231 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Também o Supremo Tribunal Federal, em recurso submetido ao regime de repercussão geral, fixou tese no sentido de impossibilidade de fixação da pena em patamar inferior ao mínimo legal, conforme o RE n.º 597.270. Nessa senda, é oportuno trazer ao lume as palavras do então Ministro Cezar Peluso, quando do voto exarado no mencionado julgado:

Parece-me que, se a Corte se propusesse a modificar essa jurisprudência, teria de tomar certas cautelas pelo risco que introduziria de deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime. Isto é, no momento em que a Corte proclame, ou proclamasse, que as atenuantes genéricas podem reduzir a pena para quem do mínimo legal, poderíamos passar a um regime em que a discricionariedade judicial conduziria a que se aplicasse pena sem nenhum significado em termos de política criminal. Estaria aberta a porta para – não diria uma extravagância – para um risco extremamente elevado para a atuação do ordenamento jurídico criminal que, embora sendo extremo, tem relevantíssima importância social.

Em seguida, no mesmo julgamento, o Ministro Eros Grau asseverou que “O argumento do Ministro Peluso é definitivo. Não se pode subsistir a legalidade em matéria penal por uma discricionariedade atribuída ao juiz”. Percebe-se, assim, pelo menos na realidade brasileira, que os tribunais se direcionam a frear a discricionariedade judicial na aplicação da reprimenda, mediante a exigência de que respeito aos limites mínimos. Decerto, não se trata de aderir ao entendimento apenas em razão de ter sido ele adotado de forma majoritária pelos tribunais, mas sim de expor o entendimento dominante na esfera jurisprudencial, submetendo-o à necessária revisão crítica.

Cabe salientar, em relação ao entendimento cristalizado na Súmula 231, que esta autora dele não comunga, embora defenda a submissão do magistrado aos limites estabelecidos pelo legislador para aplicação da pena, por força do princípio da legalidade das penas. A presença de circunstância atenuante, aliada à ausência de desfavorabilidade das condições previstas no Art. 59 do Código Penal, não pode ser equiparada à situação de acusado que, agregada à favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, não apresenta uma atenuante legalmente prevista. A isonomia, compreendida como tratar desigualmente situações distintas, fica prejudicada, assim como a individualização da pena e a legalidade, já que se está negando a aplicação de causa legalmente prevista como atenuante de pena, não havendo supedâneo constitucional para diferenciar o tratamento da atenuante em relação às causas de diminuição de pena, que permitem fixação da pena abaixo do patamar mínimo.

Decerto, o princípio da individualização da pena, que preconiza a análise da situação concreta na fixação da pena, não constitui autorização para que o juiz fixe a pena em discrepância aos parâmetros limitadores legais, ainda que para aparentemente beneficiar o réu. A individualização da pena se insere como critério para dosimetria, orientada/limitada pelos limites previstos para cada tipo penal, diante do princípio da reserva legal. No caso da atenuante, há uma expressa previsão legal que a pena deve ser atenuada na presença das circunstâncias positivadas na lei. Ou seja, ainda que se permitisse a aplicação da pena aquém do mínimo, desde que na presença de circunstância atenuante, não se estaria violando a legalidade porque o critério para tal proceder estaria previsto em lei.

Por outro lado, entende-se que a fixação da pena aquém do mínimo por critérios voluntaristas do magistrado ou mesmo para atender pedido formulado pelo Ministério Público, sem que haja qualquer dispositivo legal, viola o princípio ora estudado, abrindo espaço para o arbítrio. Caso se conferisse poder ao magistrado ou ao Ministério Público para dispor da pena fora das hipóteses legais, estar-se-ia, de forma cristalina, comprometendo as bases do Estado

Democrático de Direito, que deve ser calcado na legalidade, garantia indissociável da isonomia e da separação de poderes.

Dessa forma, firme nos argumentos desenvolvidos, assenta-se mais uma premissa para o enfrentamento do problema da pesquisa, doravante abordado.

3.6 Por um sistema de premialidade legal dos acordos de colaboração premiada: vedação à concessão de benefícios não previstos em lei

Expostos os fundamentos teóricos acima, especialmente em relação à dimensão do princípio da legalidade enquanto conformador da atuação dos agentes estatais no processo penal e sua relação com os demais princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, cabe analisar o sistema de premialidade da colaboração premiada a fim de definir qual o modelo mais adequado à estrutura penal e processual brasileira.

Já se viu, no capítulo inicial, que a característica negocial não se confunde com a amplitude da autonomia da vontade no que tange à definição dos efeitos do acordo. Como regra geral, a autonomia da vontade é limitada pelo teor do objeto do negócio, não tendo o condão de alterar a normatividade de direito material e direito processual alusivas aos efeitos que se espera do acordo. Por isso, o mero caráter negocial do acordo de colaboração premiada não serve como parâmetro interpretativo para definir os contornos do sistema de premialidade a ser aplicado ao instituto.

Observe-se que é o regime jurídico do objeto do acordo que fornecerá os limites do poder de disposição conferido às partes. E, especificamente, no âmbito do acordo de colaboração premiada, como se demonstrou, o objeto consiste na produção probatória em troca do benefício de aplicação da pena ao colaborador. Por isso, são os princípios estruturantes supra abordados que fornecerão as balizas para definição de critérios para o sistema de premialidade.

A despeito da legislação elencar, de forma expressa, os prêmios previstos para o réu que celebra acordo com o Ministério Público, como se analisou, a prática da justiça negocial brasileira demonstra a criação de benefícios extralegais, inclusive sendo este o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal. Há, nesse aspecto, um descompasso entre a normatividade legal e a realidade dos acordos celebrados, cujos prêmios não encontram qualquer parâmetro previamente estabelecido, conforme já abordado.

Por isso, é preciso, à luz dos princípios previamente estabelecidos, assentar quais os contornos da concessão de benefícios no âmbito da colaboração premiada regulada pela Lei 12.850/2013. Nesse contexto, se contrapõem dois sistemas: o sistema denominado de “premiabilidade legal” e o sistema de “premiabilidade negocial”.

O primeiro modelo consiste numa estrutura negocial cujas cláusulas, no que tange aos benefícios, são elencadas na lei. Não há, para os sujeitos acordantes, margem de disposição para flexibilizar as previsões legais. O acordo, nesse sistema, é normativamente regulado. Já no segundo modelo, o poder de disposição das partes é amplamente maior, o que permite a concessão de benefícios não previstos em lei, desde que aceitos pelas partes.

Em geral, a premiabilidade legal se alinha aos sistemas processuais de matriz europeia continental. Por sua vez, o sistema de premiabilidade negocial é identificado com os sistemas da *common law*.¹⁸⁴ A resolução da matéria poderia parecer simples a partir da premissa acima, uma vez que o sistema processual brasileiro se estrutura no modelo *civil law* e traz prêmios expressamente previstos em lei, sendo suficientes apenas aplicá-los na forma que positivados. Contudo, a própria existência dos acordos entre acusação e defesa já representa um distanciamento do modelo tradicional da *civil law*, já que se trata de instrumento típico da *common law*. Nesse panorama, é preciso aprofundar o tema para fornecer uma resposta teoricamente consistente.

Para tanto, a proposta deste trabalho é que as balizas para interpretação do sistema de premiabilidade mais adequado ao processo penal brasileiro seja feita a partir dos seus princípios estruturantes. O ponto de partida hermenêutico deve ser o princípio da legalidade e seus corolários, igualdade e separação de poderes, assim como os seus derivados, obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, jurisdicionalidade da pena e legalidade das penas. São estes os vetores interpretativos que subsidiarão o sistema de premiabilidade da colaboração premiada.

O sistema processual penal brasileiro sempre foi erguido em bases legais, limitativas do poder de disposição do Ministério Público em relação à ação penal, consoante demonstrado quando se tratou do princípio da obrigatoriedade da ação penal, evidenciando que os espaços de oportunidade sempre foram normativamente regulados.

¹⁸⁴ Sobre as características dos sistemas processuais, LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 19, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>

Em reforço ao caráter estritamente regulado da persecução penal, tem-se o princípio da jurisdicionalidade, que reserva apenas ao juiz a aplicação da pena e, especificamente em relação às quantidade e qualidade da pena, tem-se o princípio da legalidade das penas, cuja compreensão, no direito brasileiro, se orienta no sentido de máximo respeito aos limites previstos em lei, não sendo facultado ao magistrado aplicar a pena aquém do mínimo, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

Veja-se que a legalidade, nesse aspecto, desempenha a função de garantia do princípio da separação de poderes, evitando a indevida expansão dos poderes jurisdicionais para que o magistrado não se transforme em legislador positivo.

Sob o prisma da base principiológica acima, a concessão de amplos poderes aos celebrantes do acordo para fixação de prêmios não previstos em lei se mostra desconforme ao sistema processual brasileiro.

O sistema de premialidade negocial, diante do seu caráter poroso e carente de critérios que orientem a concessão de benefícios, importa em pernicioso flexibilização das penas, vulnerando o princípio da legalidade, cujo risco ao sistema de garantias penais é apontado por Luigi Ferrajoli nos seguintes termos:

É certo que pode parecer um custo renunciar à possibilidade de uma maior justiça material como a permitida pela pena flexível, seguramente com mais aderência ao caso concreto e específico. Mas, trata-se do mesmo custo oriundo da opção por um modelo de direito penal mínimo, cognitivo e garantista, ainda que com sua inevitável rigidez, em vez de por modelos de direito penal de tipo decisionista e inquisitorial. ‘Flexibilidade das penas’, quer dizer, na verdade, flexibilidade também dos pressupostos das penas; e esta flexibilidade, como a experiência ensina, supõe-se o esvaziamento da lei e do juízo, e, portanto, a dissolução de todas as garantias, tanto penais, quanto processuais¹⁸⁵.

Merece destaque a advertência do autor no sentido de que a “flexibilidade das penas” pressupõe a flexibilidade dos pressupostos das penas, com o esvaziamento da lei e dissolução das garantias, o que adquire especial relevância quando se trata de pretendida “flexibilização de penas” como contrapartida para que o réu celebre o acordo de colaboração premiada e, por consequência, abdique de sua posição de resistência no processo penal e de direitos fundamentais correlatos.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica *et al.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 377.

Não se trataria, portanto, de pura e simples aplicação de pena a quem da previsão legal, mas de uma barganha para convencer o réu a delatar, isto é, para obter provas no bojo de um processo que atingirá terceiros, o Estado oferece prêmio não previsto em lei para exercer maior poder persuasivo no acordo. A degeneração do sistema de garantias se revela evidente pelo desvirtuamento das funções estatais.

Rodrigo Capez, após discorrer sobre os prêmios previstos nas legislações anteriores à Lei 12.850/2013, argumenta que, embora possam variar de acordo com o grau de efetividade, as sanções premiais estipuladas nos acordos sempre se restringiram àquelas legalmente previstas e a sua concessão sempre foi condicionada à verificação judicial. Para o autor, a Lei 12.850/2013 não se afastou desse sistema de “premialidade legal, historicamente adotada em nosso país, ancorada no sistema Continental-Europeu e, portanto, num verdadeiro freio à discricionariedade das partes, não adotou o modelo de premialidade tipicamente negocial da *Common Law*”¹⁸⁶. Para o autor, o modelo premial brasileiro segue o modelo italiano, marcado pela premialidade típica, no qual o juiz se limita a reconhecer, no caso de condenação, as atenuantes ou causas de redução de pena. Diante da previsão de prêmios atípicos, deve o juiz, no momento da homologação, glosar cláusulas que estejam em desacordo com a legislação de regência¹⁸⁷.

Comungando do mesmo entendimento, Frederico Valdez¹⁸⁸ defende que os acordos de delação premiada devem se guiar pelo sistema de “premialidade legal” em oposição ao sistema de “premialidade negocial”, típico da *common law* e caracterizado pelo amplo espaço aberto à discricionariedade do negociador.

Também Vinicius Gomes de Vasconcellos¹⁸⁹ sustenta a adoção de uma “cultura de legalidade dos benefícios” no bojo de um sistema de “premialidade legal” como único aceitável ao ordenamento jurídico brasileiro, advertindo que a “desmensurada expansão dos benefícios possíveis ocasiona ainda a distorção do sistema em razão do exponencial crescimento das possíveis pressões e coações”.

¹⁸⁶ CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (org.). **Colaboração Premiada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 234.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 229.

¹⁸⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 59.

¹⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. pp. 180-181.

Compartilhando a mesma preocupação pela abertura do sistema penal para concessão de prêmios fora das previsões legais, Marcelo Rodrigues¹⁹⁰ adverte para o aumento da seletividade do sistema penal, com risco de se criar uma justiça penal de classes econômicas, em virtude da amplíssima discricionariedade conferida ao Ministério Público e a falta de fundamentação na concessão dos prêmios, desvinculados de transparência quanto ao cálculo da reprimenda, que “descamba, não raro, para o terreno da arbitrariedade”. Nessa linha, os critérios objetivos preconizados pelos princípios da legalidade reduzem as arbitrariedades e tratamentos não isonômicos.

O referido autor traz uma interessante reflexão ao asseverar que a colaboração premiada retrata um direito penal de terceira via que prioriza a reparação patrimonial do dano e, nesse contexto, ressalta que o colaborador que mais desviou valores dos cofres públicos será o que deterá maior poder de barganha, porquanto trará o maior resultado utilitário no cômputo final para o Ministério Público prestar contas de seu trabalho perante a mídia sensacionalista e à sociedade¹⁹¹. De fato, não se pode desconsiderar o comprometimento da isonomia em situações como a analisada, uma vez que aquele que praticou delito com maior proveito econômico terá um poder de barganha maior, sobretudo se for permitido que os prêmios não sejam jungidos à previsão legal.

Sob a justificativa de maior captação de valores ao erário, a ampla discricionariedade na concessão dos prêmios propiciaria a concessão de prêmios divorciados da previsão legal com enfoque apenas em resultados de recuperação patrimonial. O utilitarismo do processo penal voltado à recuperação de ativos encontra no modelo de premialidade negocial amplo espaço de crescimento, porquanto se permitiria que o proveito pecuniário a ser obtido com o acordo se convertesse em moeda de troca para obtenção de maiores benefícios. Quem estivesse disposto a pagar mais ao Estado, mediante o estabelecimento de multas altíssimas e distanciadas de parâmetros legais, receberia maiores benefícios.

Essa busca de eficiência que se expressa no sistema de premialidade negocial, decerto, é fator de degeneração do sistema de justiça de criminal, aumentando a seletividade do sistema, porquanto o interesse na celebração do acordo deixaria de ser meramente a obtenção de provas,

¹⁹⁰ SILVA, Marcelo Rodrigues da. **A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 285–314, 2017. p. 306.

¹⁹¹ Ibidem. p. 308.

mas se sobressairia na busca de resultados outros, a exemplo da obtenção de ativos em troca da concessão de prêmios penais.

Nereu Giacomolli¹⁹² destaca o risco de implementação de um modelo de negociação semelhante ao direito privado, indicando que “o processo penal não pode correr o risco de se tornar um *locus* onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado. Corre-se o risco de serem adotadas as regras da oferta e da demanda, e da implantação, também no âmbito criminal, das leis de mercado”.

O sistema, nesse modelo, seria cruel para todo e qualquer réu, para os ricos e para os pobres. Para o réu que não tem condições de atender aos anseios pecuniários do celebrante, seria prejudicial porque poderia ser preterido em face de outro colaborador que se disponha a cumprir a obrigação pecuniária exigida. Por outro lado, mesmo para aqueles que dispõem de recursos, a amplitude do poder negocial sem parâmetros legais permitiria maior pressão do Ministério Público no sentido de impor obrigações não previstas em lei, buscando resultados outros que não meramente aqueles de ordem probatória para o qual o instituto foi criado. Isto é, permitir-se-ia que, diante de pretensos colaboradores de alto poder econômico, a realização do acordo fosse condicionada a elevadíssimas obrigações pecuniárias para, em contrapartida, oferecer prêmios mais benéficos ao colaborador.

Discordando do sistema de premialidade legal e defendendo, mesmo após as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, a possibilidade de benefícios não previstos em lei, Andrey Borges de Mendonça, afirma que o “microssistema da colaboração premiada” autorizaria uma pactuação ampla entre réu e Ministério Público.¹⁹³ Segundo o autor, embora a Lei 13.964/2019 tenha vedado, por meio do art. 4º, §7º, II, na Lei 12.850/2013, a concessão de benefícios que alterem o regime inicial de cumprimento de pena, as regras de progressão e os próprios regimes de cumprimento, ainda haveria espaços em aberto que permitiriam ao Ministério Público oferecer penas líquidas ou limitá-las a um patamar máximo.

Nessa linha, Andrey Borges de Mendonça¹⁹⁴ sustenta a possibilidade de previsão de penas líquidas ao réu colaborador sob o argumento de que não haveria vedação legal. Neste caso, segundo ele, haveria apenas a antecipação de um benefício previsto em lei para que o

¹⁹²GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 332.

¹⁹³ MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (org.). **Colaboração premiada: Perspectivas de direito comparado**. 1. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2020. p. 19–50. p. 32.

¹⁹⁴ Ibidem.

colaborador tenha maior segurança e previsibilidade, mediante um prognóstico da pena que o colaborador terá em razão de sua colaboração. Contudo, o autor, embora reconheça a objeção de parte da doutrina em virtude do princípio da jurisdicionalidade da pena, não enfrenta tal argumento, recorrendo a razões utilitaristas para defender a previsão de penas líquidas, aduzindo que negar essa possibilidade seria ferir de morte o instituto da colaboração premiada diante do risco ao réu colaborador de penas excessivamente altas, o que desestimularia a firmar o acordo e, por outro lado, o estimularia a mentir. Diz o autor:

A concessão desse benefício genérico é útil e relevante para situações de um criminoso ocasional, que praticou um ou poucos delitos. No entanto, não é adequado para casos de imputados que praticaram dezenas ou centenas de delitos, mostrando-se insuficiente para atender os interesses da acusação e da defesa. Imagine-se o exemplo bastante comum de diversos operadores (ou seja, lavadores profissionais) e agentes públicos corruptos envolvidos em grandes esquemas de corrupção. Conforme se verificou na prática desvelada pelas investigações de corrupção nos últimos anos, é bastante comum um único agente narrar trinta ou mais fatos delitivos. Nesse caso, oferecer ao colaborador uma causa de diminuição de pena em aberto, em uma margem entre 1/3 e 2/3, acabaria por não interessar a nenhuma das partes. Do lado da defesa, porque ter uma diminuição deste percentual em cada um dos fatos delitivos narrados fará com que se chegue a uma pena final ainda excessiva. Imagine se for condenado a 5 anos de prisão em cada um dos 30 fatos delitivos que narrar. Na somatória das penas, terá uma pena final que pode chegar a 150 anos. Caso se diminua de 2/3 a pena – previsão máxima- mesmo assim a pena será excessivamente alta, tendo que cumprir 50 anos de prisão!

Segundo o autor, diante da possibilidade de o colaborador, ao revelar todos os fatos dos quais participou poderia levá-lo a uma reprimenda maior que a dos delatados, o que, além do risco à segurança jurídica do colaborador o estimularia a omitir fatos. Tal cenário, no entendimento do autor, demandaria a busca de alternativas para conferir a pretendida segurança ao colaborador, que seriam: entabular um patamar punitivo máximo e, uma vez alcançado, o Ministério Público se comprometeria a não mais oferecer denúncias, por falta de interesse de agir, pois “alcançado referido patamar, entende-se que o acordo alcançou seu fim, de forma que a pena será considerada suficiente para prevenção e repressão do delito.” Outra técnica apontada pelo mencionado autor, seria o estabelecimento de patamar máximo e mínimo de pena a ser concretizado pelo juiz na sentença.

Os argumentos acima revelam o caráter utilitarista e eficientista que marca a defesa do chamado sistema de premialidade negocial, com o nítido propósito de contornar os limites legais para tornar a colaboração premiada vantajosa ao acusado, mesmo que, para isso, haja desconexão com as prescrições legais e concessão de benefícios não apenas fora da previsão

legal, mas evidentemente conflitantes com disposições expressas que estabelecem os prêmios possíveis e a competência jurisdicional para aplicá-los. E veja-se que a linha argumentativa desenvolvida pelo referido autor acaba por reconhecer que a aplicação da lei, tal como estabelecida, não estimularia os acordos e, visando corrigir o que seria uma consequência da aplicação da lei, reconhecidamente defende a busca de alternativas, que consubstanciam, em verdade, concessão de prêmios em contrariedade expressa à legislação, em nítido distanciamento de razões sustentáveis dogmaticamente, apelando a razões utilitaristas, que não se compatibilizam com o regime jurídico dos meios de obtenção de prova e nem como as normas que regulam a aplicação da pena no âmbito do processo penal.

O criativo argumento de ausência de interesse processual após o atingimento do patamar de pena é revelador da vulneração do princípio legalidade e da jurisdicionalidade da pena. O conceito de interesse de agir não permite tal espécie de manipulação pelo Ministério Público que viole o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Interesse de agir não se confunde com conveniência e oportunidade.

A valer o entendimento do autor, o Ministério Público faria - ele próprio - o juízo de dosimetria da pena, estabelecendo a reprimenda que entendesse adequada e, uma vez reputando que ela já atendeu à sua finalidade, deixaria, sem qualquer previsão legal, de oferecer denúncia mesmo diante de fatos puníveis. Trata-se de evidente descompasso com o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Sublinhe-se que uma atuação em desacordo às previsões legais, como a que ora se examina, de pactuação de penas líquidas ou estabelecimento de patamar máximo a partir do qual haveria “perda de interesse de agir”, viola, a um só tempo, diversos princípios que são, em verdade, estruturantes do sistema processual brasileiro. Justamente porque abala a estrutura do processo é que se verifica a ofensa concomitante a diversos princípios. Ao violar a jurisdicionalidade da pena, vulnera-se, também, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, já que o Ministério Público se transformaria em aplicador de pena, investindo-se no poder de aferir a suficiência da reprimenda e deixando de oferecer denúncia, de acordo com o seu juízo. Tudo isso para, de forma confessa, tornar atrativo o acordo, uma vez que, a aplicar a legislação tal como posta, as consequências ao colaborador seriam muito gravosas.

Ainda no escopo de expor argumentos levantados em sede doutrinária a favor do sistema de premialidade negocial, importa referir entendimento defendido por Alexandre

Wunderlich¹⁹⁵, segundo o qual, mesmo com as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, as sanções premiais diferenciadas não estariam vedadas.

O referido autor parte da distinção entre sanção premial e pena criminal¹⁹⁶, aduzindo que, por má técnica legislativa, com a alteração promovida pela Lei 13.964/2019, o legislador, de forma novidadeira, teria tentado vincular a forma de cumprimento da sanção premial à pena criminal. Nesse sentido, afirma que a pena criminal é fixada na sentença condenatória a partir dos critérios clássicos de dosimetria estabelecidos no Código Penal, enquanto a sanção premial seria discutida e acertada pelas partes celebrantes do acordo de colaboração, podendo adotar critérios previstos para a “pena criminal” ou vetores “diferenciados”, já que se trataria de sanção premial e não pena criminal.

Na linha defendida pelo mencionado autor, a novel redação do art. 4º, §7º, II, da Lei 12.850/2019 não estabelece a distinção entre sanção premial e pena criminal, o que permitiria ampla interpretação, vedando-se apenas os benefícios expressamente referidos no texto, mas não as “sanções premiais diferenciadas”. Alegando a existência de vagueza e omissão no texto (a qual não se verifica), o autor afirma que o art. 33 do Código Penal deve funcionar como limite em relação à pena criminal, não se aplicando às sanções premiais, tendo sido criado uma garantia que a sanção premial não poderia ultrapassar os limites estabelecidos para a pena criminal, ao argumento que as normas do Código Penal representam um limite máximo de resposta e não o mínimo. E o referido autor conclui da seguinte forma: “Em meu juízo, as regras não são aplicáveis aos casos de ‘sanção premial diferenciada’, estabelecida em acordo pelas partes e homologada pelo juiz, o que vem sendo referendando pelos Tribunais e não foi expressamente vedado pelo legislador.”

A despeito da tentativa de diferenciar a sanção premial da pena criminal, o autor não apresenta fundamento teórico para a pretendida dissociação entre os institutos. Outrossim, a alegada vagueza do texto não se verifica, diante da clareza da norma inserta, que evidencia o estabelecimento de um sistema orientado pela premialidade legal. Ao contrário, vale-se do

¹⁹⁵ WUNDERLICH, Alexandre. “Sanção premial diferenciada” após o pacote “anticrime”. *Conjur*, 9 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/wunderlich-sancao-premial-diferenciada-pacote-anticrime>. Acesso em 12 de abril de 2021.

¹⁹⁶ Ibidem.

argumento de que as sanções são referidas pelos Tribunais, retratando o fenômeno do positivismo jurisprudencialista, alvo de acertada crítica de Lenio Streck.¹⁹⁷

Em contraposição ao entendimento acima, que permite identificar espaço de abertura para a pactuação de sanções premiadas diferenciadas, mesmo após as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, acompanha-se o argumento bem articulado por Felipe da Costa D’Lorenzi, no sentido que “toda sanção premial, no direito penal, está subordinada a uma pena” e que não há oposição entre os conceitos de pena e sanção premial, como aduzido por Wunderlich. Assim, “toda vez que esse benefício não for a isenção da punição, a consequência jurídica aplicada pelo magistrado na sentença será uma pena- a qual será mitigada pela sanção premial”.¹⁹⁸ Dessa forma, utiliza-se o conceito de sanção premial apresentado pelo autor, como benefício obtido pelo réu colaborador a partir do acordo de colaboração premiada, sendo as expressões utilizadas, no presente trabalho, como sinônimas.

Por isso, a pretendida diferenciação entre sanção premial e pena, não serve ao propósito de legitimar sanções premiais diferenciadas. Veja-se, inclusive, que, para além da vedação contida no §7º do art. 4º quanto ao estabelecimento de prêmios não previstos em lei, o art. 4º, §7º-A, ao expressamente consignar a necessidade de realização de atividade de dosimetria nos moldes do Código Penal para aplicação posterior do benefício, vincula a pena criminal tradicional com a sanção premial, não conferindo sustentação ao entendimento defendido por Alexandre Wunderlich.

Essa lógica de distanciamento da legalidade dos benefícios, adotada na Operação Lava Jato, evidenciou que a ausência de critérios legais propiciou situações de disparidade, vulneradoras do sistema de justiça criminal, conforme assinalado por Marcelo Rodrigues da Silva¹⁹⁹, para quem estes acordos não se pautam por uma racionalidade, uma vez que inexistem critérios minimamente definidos para a concessão de benefícios, pois haveria uma via interpretativa contida na Lei n.º 12.850/2013 que ensejaria uma “discricionariedade extremada” que o autor chega denominar de “arbitrariedade com respaldo legal”, em violação ao art. 5º,

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6 ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 106.

¹⁹⁸ Op. Cit.

¹⁹⁹ SILVA, Marcelo Rodrigues da. **A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 285–314, 2017. p. 299.

XXXIX da Constituição da República. Para o mencionado autor²⁰⁰, os acordos firmados na Operação Lava Jato se inserem num discurso utilitário-economicista que tem sido a tônica dos processos envolvendo corrupção, que prioriza a busca do resultado patrimonial no processo com atropelo da legalidade penal, caracterizada por regras imperativas e de aplicação obrigatória. Para o referido autor, o Poder Judiciário tem aceitado a interpretação conferida pelo Ministério Público, aceitando os prêmios contendo drásticas reduções de pena e regimes não previstos em lei, caracterizando um direito penal de terceira via, com prioridade à reparação do dano. A liberdade, nesse contexto, se tornaria objeto de compra pelo colaborador.

A seguir este caminho, a justiça criminal se afastaria do seu histórico sistema de garantias, transformando-se em predatório ambiente de barganha e no qual as partes não dispõem de condições igualitárias de negociação, conforme visto no tópico sobre negócio jurídico processual em matéria penal.

Prosseguindo no desenvolvimento do tema, cabe analisar o argumento comumente invocado por aqueles que defendem o sistema de premialidade negocial no sentido de que o princípio da legalidade não poderia ser invocado em desfavor do réu para obstar a concessão de prêmios não previstos em lei. Objeta-se, dessa forma, que o princípio nasceu para evitar abusos do poder punitivo e “seria uma inversão de seu próprio fundamento utilizar uma garantia criada para proteção do imputado em seu desfavor”.²⁰¹

Esse fundamento foi utilizado em julgamento exarado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Inquérito 4.405 e mencionado de forma incidental nos debates ocorridos no julgamento da questão de ordem da Pet. 7.074, especialmente pelo voto do Ministro Barroso, conforme indicado no item 1.4 deste trabalho.

No que se refere ao INQ. 4.405, no qual o tema da legalidade dos benefícios não previstos em lei foi enfrentado em caráter principal, discutia-se o pedido de um investigado para ter acesso ao teor do acordo de colaboração premiada para que, partir do conhecimento quanto às suas cláusulas, lhe fosse possível eventual impugnação. Impugnação que, segundo os agravantes, não se debruçaria sobre a conveniência e oportunidade do acordo, mas sobre a legalidade das cláusulas avençadas.

²⁰⁰ Ibidem. p. 305.

²⁰¹ Trecho do voto do Ministro Barroso no Inq. 4.405, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, e na Questão de Ordem na Pet. 7.074.

Submetida a questão à Primeira Turma da Suprema Corte, foi assentada a impossibilidade de invocação do princípio da legalidade em desfavor do réu, uma vez aceita a pena por ele. Segundo consta do acórdão, “a fixação de penas não previstas em lei, desde que mais benéficas ao colaborador, sequer em tese afronta o princípio da legalidade”, porquanto, segundo o acórdão, a legalidade se trataria de garantia em favor do réu e não poderia ser utilizada em desfavor do garantido. O argumento, a princípio, pode parecer até sedutor e ganha ares de garantismo penal. Contudo, não é disso que se trata.

Acerca da dimensão do princípio da legalidade no que tange à legalidade das penas, evidenciou-se no item 4.3 deste trabalho, que a compreensão do princípio da legalidade enquanto princípio de direito público e garantia de integridade do sistema penal e processual penal, não se restringe à função de garantia do sujeito passivo no caso concreto. Presta-se, decerto, prioritariamente à garantia do réu frente abusos do Estado, mas não se restringe a isso, funcionando como estruturante do Estado Democrático do Direito, ao vedar atuações voluntaristas e não isonômicas, prestando-se, ainda, à observância do princípio da separação de poderes e isonomia.

Nessa perspectiva, o princípio da legalidade atua como limite para impedir que juízes ou promotores se transformem em legisladores, deixando de observar normas legais para instituir amplo espaço de negociação, incompatível com o modelo processual penal brasileiro. Por isso, não se trata de invocar a legalidade em desfavor do réu. Mas sim de cumprimento da lei, cabendo ressaltar que não se trata, na espécie, de qualquer lacuna a ser preenchida por critérios de integração do ordenamento. Caso se tratasse de lacuna, o argumento da legalidade enquanto garantia do réu até seria dotado de legitimidade, contudo não encontra suporte teórico a alusão a legalidade *pro reu* para revogação de normas expressamente estabelecidas.

E já se demonstrou, no capítulo inicial deste trabalho, que a disciplina dos benefícios é estabelecida de forma expressa na Lei 12.850/2013, reforçada pelas alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, também já tratadas neste trabalho, não havendo que se falar em necessidade de integração do sistema.

Por isso, restringir os benefícios obtidos com a colaboração premiada à previsão legal não se trata de invocar a legalidade em desfavor do réu. Trata-se de respeitar a legalidade para preservação das competências estabelecidas pelo sistema, para que juízes não se convertam em legisladores, preservando a isonomia e o princípio da separação de poderes. Agregue-se, ainda, o ambiente de colisão de direitos que caracteriza a colaboração premiada, diante da afetação de

direitos fundamentais do delatado, o que torna inadequado olhar o instituto apenas pela ótica dos direitos do réu colaborador. Relewa lembrar, ainda, que se trata de meio de obtenção de prova, expressamente regulado em lei, por meio do qual meios de prova serão aportados no processo, o que atrai a disciplina legal desta categoria processual, conforme já sinalizado em item antecedente.

A definição sobre a possibilidade de fixação de sanções não previstas em lei passa, portanto, pela compreensão do conteúdo do princípio da legalidade das penas, supra abordado e dos contornos do princípio da legalidade no direito penal como conformador da atuação dos agentes estatais e garantia da separação de poderes e isonomia. Nessa perspectiva, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se mostra reducionista, ao desconsiderar as demais funções a serem cumpridas pelo princípio da legalidade das penas e colocando-o apenas como garantia do sujeito passivo, para hipótese na qual ele não encontra suporte teórico. Não há qualquer previsão de incidência da garantia da legalidade para revogar norma expressa no ordenamento.

Para além de ser instrumento de contenção de arbítrio e controle dos poderes conferidos ao juiz para que não exaspere as sanções em desfavor do réu, é também mecanismo de preservação da isonomia, como já referido, ao assegurar tratamento igualitário a todos os réus, como expressão do princípio republicano. Para além disso, decorre do Princípio da Separação de Poderes, proscrevendo atuação judicial criativa ou contrária às disposições normativas, uma vez que, em matéria penal, vige a reserva absoluta de lei para tratamento da matéria.

Para além do aspecto acima, são oportunas as palavras de Vinicius Vasconcellos²⁰² em resposta à objeção comum que a possibilidade de concessão de prêmios não previstos em lei beneficia o colaborador, como expresso no INQ 4.405, quando destaca o aspecto falacioso do argumento que, caso adotado, impacta a justiça negocial brasileira com a ampliação do poder punitivo:

Conquanto a justiça criminal negocial aparente um beneficiamento ao imputado, com a redução do poder punitivo estatal, trata-se de ilusão e argumentação falaciosa. Seus efeitos concretos destoam de tais objetivos declarados, ocasionando, inevitavelmente, o esvaziamento de direito e garantias fundamentais, com o desaparecimento do processo e a expansão irrestrita do poder punitivo estatal.

Ainda que, focando-se no colaborador específico e em seu caso concreto, possa se sustentar uma redução da sanção penal, em termos amplos,

²⁰² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 181.

analisando-se o impacto da justiça criminal negocial ao processo penal brasileiro, sem dúvidas, há restrições a direitos fundamentais e ampliação do poder punitivo. E, nesse sentido, o exemplo estadunidense torna evidente tal argumentação: o país que mais prende no mundo é aquele em que por volta de 95% das condenações penais são obtidas por acordos com benefícios aos réus.

Por sua vez, Nefi Cordeiro²⁰³ rebate o argumento deduzido no acórdão do Inq n.º 4405, de que sanções premiaias mais benéficas do que as previstas em lei seriam possíveis, nos seguintes e precisos termos:

Concessa *venia*, aparente e ilusório direito, aparentes e ilusórias vantagens. Primeiro porque se há como o cidadão diretamente interessado o imputado, de outro lado outros cidadãos também possuem legítimo interesse a uma condenação justa: a vítima e toda sociedade, como já reconheceu, inclusive, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao condenar o Brasil pela ineficiente persecução criminal: caso Sétimo Garibaldi, em setembro de 2009, reconhecendo que há violação a direitos humanos pela não persecução criminal eficiente. Segundo porque a abertura do direito à razoabilidade e bom senso judicial permitem abusos incontroláveis, pela dificuldade e subjetividade da aplicação desses conceitos, que bem poderão gerar discutíveis penas de ‘não beber’, frequentar missa, comparecer diariamente ao local do crime. A imaginação humana e dos juízes não terá limites e muito se discutirá se a pena negociada é melhor para o réu e se é suficiente sua concordância.

Ao contrário da bem lançada fundamentação, é de se reiterar que direito penal e processual penal não permitem ações persecutórias fora dos limites da estrita legalidade, independentemente de razoabilidade, bom senso ou boas intenções. É segurança jurídica exigível frente ao imputado e frente aos relevantes e (inafastáveis) interesses sociais de eficiente e justa persecução criminal.

A matização do princípio da legalidade, como sustenta Nefi Cordeiro, fará proliferar as discussões se aquela pena negociada, fora da previsão normativa, é realmente melhor para o réu, não se podendo olvidar, mais uma vez, da disparidade entre as partes negociantes, o que poderá ensejar o acatamento de penas violadoras da dignidade humana, ainda que em substituição à pena privativa de liberdade.

Permitir que a aplicação da pena se descole do princípio da legalidade e se oriente por “critérios” como razoabilidade ou “boas intenções” viola a segurança jurídica e a isonomia, caminhando para o arbítrio, ainda que aparentemente seja em benefício do réu e com a

²⁰³ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 152.

concordância deste²⁰⁴, porquanto permite a concessão de ilimitado poder ao magistrado ou ao Ministério Público, colocando-os como legisladores. É justamente o risco de degeneração do sistema, sinalizado por Ferrajoli, que proscree a concessão de benefícios em desacordo à previsão legal.

Nesse sentido, cabe salientar que mesmo a possibilidade de utilização de analogia e interpretação extensiva em favor do réu não autorizam a violação da legalidade das penas, ainda que aparentemente favorável ao imputado. Isso porque esses critérios somente têm lugar diante de lacunas legislativas, não servindo para derrogação de normas legais expressas.

A Lei 12.850/2013 elenca tais prêmios de forma clara e estabelece normas que indicam o caráter taxativo, ao vedar, por exemplo, a progressão de regime em desacordo ao regramento legal, o cumprimento de pena em regime diferenciado. Assim, descabe a invocação da permissão de analogia *in bonam partem* no direito penal, porque não se está diante de omissão legislativa a demandar interpretação integrativa. Sobre o descabimento da analogia em situações que não existe lacuna a ser preenchida, Francisco de Assis Toledo²⁰⁵ já sinalizava: “a analogia pressupõe falha, omissão da lei, não tendo aplicação quando estiver claro no texto legal que a *mens legis* quer excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes”.

No caso que ora se cuida, os dispositivos contidos na Lei 12.850/2013, sobretudo com as inserções feitas pela Lei 13.964/2019, vide art. 4º, §7º, da Lei 12.850/2013, indicam que efetivamente se pretendeu limitar os prêmios àqueles previstos em lei. A legislação se estrutura no sentido de regular, expressamente, quais são os benefícios que podem ser obtidos a partir do acordo de colaboração, não havendo qualquer norma de caráter aberto que confira poderes para estabelecimento de prêmios não previstos em lei.

Também Walter Bittar²⁰⁶ assinala o risco sistêmico na hipótese de o juiz homologar acordo de delação contendo benefícios não previstos em lei, tendo em vista que estaria se

²⁰⁴ Até porque, a voluntariedade do acordo de colaboração premiada é questão deveras tormentosa. Por todos, Lorena Lorena Bachmaier Winter analisa a voluntariedade no âmbito dos negócios jurídicos processuais penais, aduzindo que a formação de vontade é composta por diversos fatores, dentre eles a incerteza dos resultados decorrentes do processo, o medo de ser condenado ou a situação de prisão provisória. Todavia, essas condicionantes, segundo a autora, seriam consideradas inerentes ao próprio sistema de justiça negocial, sendo importante refletir sobre a distinção entre incentivos à vontade do acusado e a coerção. Segundo a autora, o próprio sistema pode se tornar coercitivo e interferir na voluntariedade de adesão ao pacto. (WINTER, Lorena Bachmaier. Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargain**. 1. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2019. p. 9–40).

²⁰⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7,209, de 11-7-1984, e a Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1991, p. 27.

²⁰⁶ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2020. p. 217.

colocando na posição de legislador. O autor indaga qual seria o limite de atuação do magistrado diante de tal abertura. E nesse ponto, não haveria, efetivamente, limite demarcatório à atuação judicial, caindo-se no risco de decisionismo que se procura evitar no bojo do Estado Democrático de Direito.

Mas, para além do aspecto de degeneração do sistema pela abertura de espaço à flexibilização de pressupostos legais, em verdade, estar-se-ia diante de uma burla de etiquetas. Isso porque a lei já traz o maior prêmio possível, que é o perdão judicial, a ser concedido ao réu cuja colaboração apresentar o máximo de efetividade previsto em lei. Quando se tenta estabelecer prêmios reputados como mais benéficos como, por exemplo, “prisão domiciliar”, “regime aberto diferenciado”, isso pode significar retirar do réu a possibilidade de obtenção do perdão judicial, por um juízo discricionário do Ministério Público ou do magistrado que, preferindo-se distanciar das prescrições legais, resolve estabelecer uma sanção de forma casuística e subjetiva, ou seja, o caráter benéfico é duvidoso. Sob esse prisma, a invocação da teoria dos poderes implícitos, no sentido de que “quem pode o mais, pode o menos”, não sustenta o propósito de dissociar os benefícios do princípio da legalidade estrita.

Nesse sentido, Fábio Ramazzini Bechara e Gianpaolo Poggio Smanio²⁰⁷ assinalam a dificuldade de aceitar esse raciocínio, seja sob o ponto de vista da necessidade de irrestrita observância da lei, seja porque não parece cristalino que os benefícios não possuam conotação restritiva.

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar²⁰⁸ enfrentando o argumento de “quem pode o mais, pode o menos” afirma que este é inadequado à lógica estabelecida pela Lei nº 12.850/2013, porquanto reputar inexistentes os limites estabelecidos pelo sistema é atitude tendente ao ferimento da legalidade estrita e da Constituição, descurando do fato de que há princípios que compelem os órgãos da persecução penal a uma atuação regrada (o Ministério Público, por exemplo, deve estar vinculado à obrigatoriedade da ação penal).

²⁰⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Colaboração Premiada no Brasil: legalidade dos benefícios negociados e voluntariedade do acordo à luz da eficiência e do garantismo**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 179-205, 2019.

²⁰⁸ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória**. Parahyba Judiciária, [s. l.], v. 11, n. 11, p. 413–439, 2018. p. 423.

Veja-se que também o caráter instrumental da colaboração premiada em relação ao Direito Penal, como sustenta Felipe da Costa De-Lorenzi²⁰⁹, impede que se atribua uma lógica própria a ela ou à justiça negociada, porque não são autônomas, “A lógica utilitária que rege esses institutos apenas tem sentido quando respeita e serve aos princípios e fins do direito penal, estando a eles submetida. Por conseguinte, os dispositivos que o regulam devem ser interpretados de modo a contribuir para a sua realização, e não lhes subverter.”

O autor ressalta, ainda, sob o viés do princípio da legalidade enquanto princípio geral do direito público, informador da atividade estatal, que as sanções premiaias devem ser aquelas estabelecidas pelo legislador, pois se trata de uma decisão de política criminal, que é vinculante aos demais poderes, não cabendo ao Ministério Público decidir, de forma discricionária, sobre o benefício que será concedido ao réu e nem ao Poder Judiciário aplicar uma sanção não prevista em lei, sintetizando “O Estado não pode deixar de cumprir a lei”²¹⁰. Decerto, é disso que se trata no tema do presente trabalho: a submissão do Estado à lei no bojo do acordo de colaboração premiada.

Quando o ente estatal celebrante do acordo se desprende da lei e passa a oferecer vantagens a partir da criação de penas e benefícios casuisticamente, dispondo do que não lhe pertence, há pernicioso ampliação do poder dos órgãos de persecução penal em detrimento do sistema de legalidade estrita que estrutura o direito penal e processual penal nos países de tradição continental como o Brasil, o que corrompe todo o sistema de justiça, numa ilegítima flexibilização dos seus princípios estruturantes.

Não se deve olvidar que o princípio da legalidade estrita se põe, justamente, como limite ao poder estatal e inclusive ao poder atribuído ao magistrado. Sua mitigação, nessa esteira, implica o exercício de poderes ilimitados, não controláveis. A letra da lei funciona como escudo às arbitrariedades, conferindo parâmetros objetivos que permitem o controle das decisões judiciais e aplicação isonômica do direito penal.

Também sustentando a ilegalidade dos acordos de delação que preveem sanções fora das balizas legais, Marcos Zilli²¹¹ assevera que o modelo adotado pelo Brasil é o de

²⁰⁹ LORENZI, Felipe da Costa de. Pena criminal, sanção premial e a necessária legalidade dos benefícios da colaboração premiada: aportes para uma teoria geral da justiça penal negociada. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], v. 19, n. 79, p. 151–183, 2020.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ ZILLI, Marcos. O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual. O controle judicial em face dos operadores-legisladores. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (org.). **Colaboração premiada: Perspectivas de direito comparado**. 1. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2020. p. 51–90. p. 72.

premialidade legal, ressaltando que os prêmios se ligam à punibilidade e expressam a política criminal do Estado, sendo aqueles “considerados pelo legislador como suportáveis dentro do contexto da persecução da criminalidade grave”.

A política criminal do Estado perpassa pela definição de crimes e suas respectivas penas, sendo função eminentemente legislativa. Definir o que será punido e de que forma se dará essa punição compete ao Poder Legislativo, ainda que com possibilidade de controle judicial, nas hipóteses de inconstitucionalidade. Todavia, o controle judicial é excepcional e não se confunde com a definição discricionária e casuística de parâmetros punitivos, como se ao Judiciário fosse dado o poder de definir a política criminal.

O princípio da legalidade das penas, portanto, é elemento limitador da ampliação de poderes no processo penal, não comportando mitigações que corroem o sistema punitivo estruturado de forma a buscar rigidez na aplicação da lei e afastar o decisionismo, do que é exemplo o princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. Argumentar, em determinado caso específico, que o réu aceitou a punição “criada” especialmente para o caso dele implica ampliação de poderes dos atores do processo, de todo incompatível com os princípios estruturantes do processo penal brasileiro. É o início da corrosão de garantias e instauração de um processo penal divorciado de amarras legais, regido pela eficiência e pela preponderância do resultado sobre o respeito à forma processual.

Nessa linha, é fundamental recorrer às palavras de J.J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão²¹² que, analisando a (im)possibilidade de auxílio judiciário de Portugal ao Brasil no âmbito da Operação Lava Jato por ilegalidade dos acordos firmados em razão da fixação de prêmios não previstos em lei, assentaram que o princípio da legalidade possui a função de “salvaguarda da competência” e a de “garantia da liberdade”, com destaque para a conexão entre o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes:

Na verdade, o princípio da separação de poderes, que se procura garantir e efetivar através de reserva de lei formal ínsita no princípio da legalidade penal, seria frontal e irremissivelmente abatido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação de sanções não previstas legalmente ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu a uma punição.

[...]

Em casos tais, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e

²¹² CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, [s. l.], v. 146, n. 4000, p. 16–38, 2016. p. 24.

para o) Estado de direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei.

Ainda sobre os contornos legais das sanções premiaias, são oportunas as lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco²¹³ que ressaltam que a delação premiada tem os limites de sanções estabelecidos pelo legislador que devem ser respeitados, para que não se incentivem condutas que corrompam o instituto:

Ainda assim, o princípio da legalidade também é importante *in malam partem*. Em nosso sistema, ação penal pública é obrigatória e indisponível. O Ministério Público não pode escolher quem vai acusar, ou desistir de ações em andamento. As hipóteses de perdão e de redução de pena são legalmente previstas. O juiz não pode absolver ou relevar penas de forma discricionária.

[...]

O estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção do nosso sistema jurídico para assegurar a isonomia e evitar a corrupção dos imputados – mediante incentivos desmensurados à colaboração – e dos próprios agentes públicos- aos quais se daria um poder sem limite sobre a vida dos imputados.

Um sistema que oferece vantagens sem medida propicia a corrupção dos imputados, incentivados a delatar não apenas a verdade, mas o que mais for solicitado pelos investigadores.

Além de acentuar a possibilidade de corrupção das declarações do delator em função de incentivos desmensurados, é pertinente ressaltar a invocação, pelos autores supra citados, do princípio da legalidade *in malam partem*, isto é, em desfavor do réu. Nesse ponto, como exposto no presente trabalho, não se trata, na perspectiva teórica do trabalho, propriamente de analogia *in malam partem* porque não se está diante de lacuna legal que demande o preenchimento por analogia.

O fundamento teórico que impede a concessão de benefícios extralegais e objeta o argumento da utilização do princípio da legalidade em desfavor é a compreensão do princípio da legalidade para além de uma garantia do sujeito passivo, mas como princípio geral do direito público, que não autoriza a revogação injustificada de normas expressas.

Sob esse enfoque, no bojo do Habeas Corpus 142.205/PR, o Ministro Gilmar Mendes assentou que o “estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção para de nosso sistema jurídico, para assegurar a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 620-621.

incentivos desmensurados à colaboração”. O acórdão proferido no mencionado Habeas Corpus, que foi concedido por empate, já é uma sinalização quanto à revisitação do tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, diante das práticas que foram implementadas na justiça negocial brasileira, se alinhando ao que fora firmado na decisão monocrática proferida na Pet. 7.265, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de adequação dos benefícios à estrita previsão legal. Veja-se, ainda, o aspecto ressaltado no acórdão quanto à compreensão do princípio da legalidade em matéria penal:

Os interesses da sociedade são claramente violados ao se homologarem acordos de colaboração premiada ilegais. Por meio de tais “negócios jurídicos” o Estado se compromete a conceder benefícios, como a redução de pena ou até o perdão judicial, para incentivar réus a colaborarem com a persecução penal. Não se pode aceitar que o Estado “incentive” investigados criminalmente com benefícios ilegais ou ilegítimos.

É sob o prisma da legalidade enquanto princípio vetor do Estado Democrático de Direito e de seus corolários²¹⁴, que se firma o sistema de premialidade legal no ordenamento jurídico brasileiro, como o único compatível com a sua estrutura processual. Ainda que a *práxis* negocial tenha se desenvolvido em sentido oposto, incumbe aprofundar a reflexão para que o sistema de benefícios da colaboração premiada seja rígido e limitado pelas disposições legais.

Com amparo na fundamentação teórica explicitada no decorrer desta pesquisa, entende-se que o sistema de premialidade legal da colaboração premiada se orienta pelos seguintes critérios, hauridos dos princípios reitores que regem o sistema penal brasileiro (princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, jurisdicionalidade e legalidade das penas):

- i) Os prêmios a serem concedidos ao réu delator são apenas aqueles expressamente referidos na Lei 12.850/2013, sendo incompatível com sistema processual brasileiro a pactuação de benefícios não previstos em lei, ainda que não estejam expressamente vedados, pois não podem ser criados casuisticamente, sob pena de violação ao princípio da legalidade;
- ii) Considerando que os benefícios são apenas aqueles previstos em lei, devem ser aplicadas, em relação aos demais aspectos, inclusive aos efeitos patrimoniais, as normas do Código Penal pertinentes aos efeitos acessórios da condenação, que

²¹⁴ No mesmo sentido, LORENZI, Felipe da Costa de. Pena criminal, sanção premial e a necessária legalidade dos benefícios da colaboração premiada: aportes para uma teoria geral da justiça penal negociada. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], v. 19, n. 79, p. 151–183, 2020.

não podem ser objeto de disposição no acordo, diante da ausência de norma permissiva expressa;

- iii) São proscritos acordos que prevejam sanções premiaias fixas ou estabeleçam patamar máximo de pena, porque violam a legalidade das penas e a jurisdicionalidade das penas, haja vista a competência jurisdicional para aplicação da sanção penal, ainda que na modalidade premial;
- iv) O Ministério Público, por força do princípio da obrigatoriedade, não pode pactuar cláusulas que impliquem renúncia ao exercício da ação penal fora das hipóteses expressamente previstas em lei.

Entende-se que o estabelecimento das balizas acima responde ao problema da presente pesquisa, desenvolvida com amparo em robusto lastro teórico e com o escopo de enfrentar a discrepância entre as disposições legais pertinentes aos prêmios oriundos de acordos de colaboração premiada e a prática negocial brasileira.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o desenvolvimento das premissas e a demonstração da hipótese da pesquisa, é possível extrair as seguintes conclusões acerca do problema enfrentado.

O sistema processual brasileiro não tem por tradição o consenso no processo penal. Apesar disso, os mecanismos de justiça penal negociada se apresentam como uma realidade mundial, diante do influxo eficientista que permeia o processo penal, o que demanda profunda reflexão na aplicação de institutos típicos do sistema anglo-saxão (*common law*) na realidade processual brasileira, de matriz continental (*civil law*).

Nesse contexto, a delação premiada, antes prevista em legislações esparsas, experimentou expansão com a edição da Lei 12.850/2013, que passou a denominar o instituto de colaboração premiada e trouxe normas regulando o procedimento do acordo, assim como prevendo benefícios e obrigações.

Em que pese a existência de previsão legal expressa quanto aos benefícios a serem obtidos a partir da celebração do acordo de delação premiada, a prática negocial brasileira se dissociou de tal normativo, tendo se mostrado comum a realização de acordos prevendo prêmios extralegais, o que foi amplamente difundido no contexto da denominada Operação Lava Jato, contando, inclusive, com a homologação do Supremo Tribunal Federal em alguns dos acordos. Posteriormente, essa cultura de premialidade negocial foi expressa em Orientação Conjunta de nº 01/2018, expedida pelo Ministério Público Federal.

Exposta a realidade da prática negocial brasileira, estudou-se a dúplici natureza jurídica da colaboração premiada, que configura, a um só tempo, meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual, constatando-se que a compreensão equivocada dessa última categoria jurídica ensejou a desregada abertura das cláusulas do acordo. Examinou-se, assim, o regime jurídico incidente sob o viés do meio de obtenção de prova e sob o prisma do negócio jurídico processual.

Em relação à natureza negocial, ficou evidenciado que esta não significa, de forma necessária, poder de disposição sobre os efeitos do acordo. Há negócios jurídicos nos quais as

partes dispõem de ampla autonomia da vontade para estabelecer as cláusulas do acordo e, por outro lado, há negócios jurídicos nos quais a autonomia da vontade é limitada pelo regime jurídico do objeto do acordo. Dessa forma, classificar a colaboração premiada como negócio jurídico processual não constitui permissivo para ampla disposição sobre o conteúdo do acordo.

Nessa perspectiva, a colaboração premiada configura negócio jurídico processual no qual a autonomia da vontade se manifesta para realização do negócio, mas não em relação aos seus efeitos, já que estes são disciplinados por lei, uma vez que o objeto do acordo de colaboração premiada envolve aspectos de direito material e processual, já que se trata de acordo voltado à produção de provas (meio de obtenção de prova) e, em contrapartida, prevê benefícios ao réu colaborador, os quais se regem pela disciplina atinente à aplicação da pena no processo penal, atraindo a incidência do princípio da legalidade e seus princípios derivados, como vetores de interpretação e conformação do regime de premialidade do acordo de colaboração premiada.

O princípio da legalidade, enquanto princípio estruturante do direito público no Estado Democrático de Direito, e corolário do princípio da isonomia e separação de poderes, orienta a atuação dos agentes estatais e a aplicação da lei penal. Nesse aspecto, o princípio da legalidade no processo penal não se apresenta apenas sob o aspecto de garantia do sujeito passivo, mas condiciona a atuação do Ministério Público e dos magistrados, proscrevendo atuações fora da previsão legal e, como derivações do princípio da legalidade, tem-se, no processo penal, os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, que condiciona a atuação do Ministério Público à lei, mesmos nos espaços negociais.

No âmbito de aplicação dos benefícios ao réu colaborador, incide o princípio da jurisdicionalidade, que preconiza que a competência para aplicação da pena é exclusiva do Poder Judiciário, assim como o princípio da legalidade das penas, que projeta efeitos sobre o aspecto quantitativo e qualitativo da sanção, proscrevendo a aplicação de sanções dissociadas da previsão legal

Assim, enfrentou-se a objeção de que o princípio da legalidade, por se tratar de uma garantia instituída em favor do sujeito passivo da persecução penal, não poderia ser invocada para negar a aplicação de uma sanção mais benéfica (em tese) daquela prevista em lei. Ficou assentado que a inexistência de lacuna a ser preenchida rechaça qualquer atividade integrativa e que a compreensão do princípio da legalidade, na sua dimensão estruturante do direito público, impede a atuação criativa dos órgãos estatais para o estabelecimento de sanções.

E, partindo dos conceitos acima, concluiu-se que, somente um sistema de premialidade legal, no qual os prêmios a serem concedidos ao réu colaborador sejam apenas aqueles previstos em lei, é que se mostra compatível com a estrutura penal e processual brasileira. Dessa forma, o estabelecimento de prêmios extralegais não encontra amparo legal, porquanto dissonante dos princípios reitores supra indicados.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória**. Parahyba Judiciária, [s. l.], v. 11, n. 11, p. 413–439, 2018.

AMARAL, Augusto Jobim. A delação nos sistemas punitivos e seus reflexos no Brasil. *In*: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flávio Mirza (org.). **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 73–90.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

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 (org.). **Colaboração Premiada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BECCARIA, Cesare Bonasena Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Flório de Angelis. 6ª reimpressão. Bauru: EDIPRO, 2001.

BECHARA, Fábio Ramazzini; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Colaboração Premiada no Brasil: legalidade dos benefícios negociados e voluntariedade do acordo à luz da eficiência e do garantismo**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 179-205, 2019

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: lei n. 12.850/2013**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2020.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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*, [s. l.], v. 122/2016, p. 359–390, 2016.

BRANDÃO, Nuno. **Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução**. *Revista Julgar*. [s. l.], n. 05, 2015.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

CALLEGARI, André Luís. Principais alterações feitas pela Lei no 13.964/2019 quanto ao instituto da colaboração premiada. In: TAVARES, João Paulo Lordelo (org.). **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (org.). **Sentença criminal e aplicação da pena: Ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, [s. l.], v. 146, n. 4000, p. 16–38, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur e Almedina, 2018. (Instituto Brasiliense de Direito Público).

CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (org.). **Colaboração Premiada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

CARVALHO, Salo de. Colaboração premiada e aplicação e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. *In*: JÚNIOR, Américo Bedê;

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução: Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (lei no 12.850/13). *In*: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flávio Mirza (org.). **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 227–240.

CRUZ, Flávio Antônio da. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, [s. l.], n. 2, p. 219–235, 2016.

DEU, Teresa Armenta. **Sistemas Procesales Penales. La justicia penal em Europa Y América ¿ Un caminho de ida y vuelta?** Madrid: Marcial Pons, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença no processo penal**. Coimbra: Almeida, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o Direito Processual Civil. **Civil Procedure Review**, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 135–189, 2016

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: SALETTI, Achille; GRINOVER, Ada Pellegrini; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coords.). **Código de Processo Penal Comentado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (org.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____ **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016,

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. pp. 332-334.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal: estudos, pareceres e crônicas**. 15ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 19, 2017.

_____ **La larga sombra de las categorías acusatório-inquisitivo**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 11-42, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i12>.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____ **Fundamentos do Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LORENZI, Felipe da Costa de. Pena criminal, sanção premial e a necessária legalidade dos benefícios da colaboração premiada: aportes para uma teoria geral da justiça penal negociada. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], v. 19, n. 79, p. 151–183, 2020.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2003.

MANZANO, Luis Fernando de Moraes; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. *In*: VAZ, Denise Provasi *et al.* (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 197–210.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira. *In*: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (org.). **Colaboração premiada: Perspectivas de direito comparado**. 1. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2020. p. 19–50.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de direito privado**. 1ª. ed. Campinas: Bookseller. 2000. Tomo 3.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador et al. **Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. **Justiça penal negociada: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001

SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. Tradução: Adriano Teixeira. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 285–314, 2017.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **A função de garantia da lei penal: considerações acerca do princípio da legalidade.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 38 n. 150. Abr/jun. 2001.

SONTAG, Ricardo. **Para uma história da delação premiada no Brasil.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan-abr. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?.** 6 ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7,209, de 11-7-1984, e a Constituição de 1988.** 4. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1991.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

WINTER, Lorena Bachmaier. Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargain.** 1. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2019. p. 9–40.

WUNDERLICH, Alexandre. **“Sanção premial diferenciada” após o pacote “anticrime”.** Conjur, 9 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/wunderlich-sancao-premial-diferenciada-pacote-anticrime>.

YARSHELL, Flávio Luiz. A colaboração premiada vista por um processualista civil. *In*: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (org.). **Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** 1. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

ZILLI, Marcos. O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual. O controle judicial em face dos operadores-legisladores. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (org.). **Colaboração premiada: Perspectivas de direito comparado**. 1. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2020. p. 51–90.