

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

VICTOR CHEBLI DE CASTRO

**OS LIMITES DOS INSTITUTOS PREMIAIS NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO
PREMIADA NA LEI 12.850/13 E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO “PACOTE
ANTICRIME”.**

JUIZ DE FORA
2020

VICTOR CHEBLI DE CASTRO

**OS LIMITES DOS INSTITUTOS PREMIAIS NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO
PREMIADA NA LEI 12.850/13 E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO “PACOTE
ANTICRIME”.**

Artigo científico apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi
Guedes.

JUIZ DE FORA
2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

VICTOR CHEBLI DE CASTRO

**OS LIMITES DOS INSTITUTOS PREMIAIS NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO
PREMIADA NA LEI 12.850/13 E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO “PACOTE
ANTICRIME”.**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, área de concentração Direito Público.

Aprovada em 12 de março de 2021 pela banca constituída dos seguintes membros:

Orientador: Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora, 12/03/2021.

OS LIMITES DOS INSTITUTOS PREMIAIS NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI 12.850/13 E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO “PACOTE ANTICRIME

Victor Chebli De Castro¹

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes²

RESUMO

No ano de 2013, entrou em vigor a Lei de Organização Criminosa (12.850/2013), sendo tida como uma inovação na aplicação do Processo Penal pátrio, disciplinando o modelo de funcionamento do instituto da colaboração premiada. Ainda que digna de aplausos, a novel legislação enfrenta inúmeros obstáculos na interpretação e na aplicação jurisprudencial de seus dispositivos. Nesse diapasão, a fim de analisar a legalidade da pactuação de diversos prêmios nos acordos de colaboração, busca-se a análise de variadas fontes da doutrina e pesquisa-se a interpretação dada pela jurisprudência pátria acerca do tema. Ademais, almeja-se descrever quais mudanças foram trazidas pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) ao tema em análise.

Palavras-chave: Prêmios; Acordo de Colaboração Premiada.

ABSTRACT

In 2013, the Law of Criminal Organization (12.850/2013) came into effect and was considered as being an innovation in the application of the National Criminal Procedure by regulating the operating model of the Plea Agreement Institute. Although worthy of applauses, the new legislation copes with several obstacles in the interpretation and the application of its case-law devices. For this standard, in order to evaluate the legality of agreement of several benefits of the the plea agreement, we look for the analyses of several sources of the legal doctrine and search for an interpretation provided by the national case-law regarding this subject. Furthermore, this study aims to describe what changes were brought by the Law 13.964/2019 (Anticrime Law) to the subject under analyses.

Key-words: Benefits; Plea Agreement Institute.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora

² Prof. Orientador Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes - Universidade Federal de Juiz de Fora

1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.850/2013, ainda que digna de maior importância sob a ótica da regulamentação detalhada do procedimento de concessão de prêmios de caráter processual e material ao agente criminoso em troca de sua colaboração na persecução penal, não foi pioneira na previsão dos benefícios ao praticante do ilícito. Desde as ordenações Filipinas (1603), vislumbra-se a previsão de acordos em troca de prêmios. Nos tempos mais modernos, tais institutos também foram colocados pela Lei 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro); pela Lei 8137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); pela já revogada Lei 9.034/95 (meios de investigação de organizações criminosas); pela Lei 9.613/1998 (lavagem de capitais); lei 9807/99 (proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores); e pela Lei 11.343/2006 (lei de drogas).

Entretanto, em razão da incompreensível aceleração do processo de globalização mundial, com o conseqüente aumento da velocidade e da quantidade das prestações de serviços e operações financeiras realizadas pelo ser humano, incrementou-se, de igual maneira, a sofisticação da atuação de grupos de criminalidade e, por conseguinte, foi gerado um enorme sentimento de insegurança por parte dos membros da sociedade.

Nessa toada, determinadas práticas do poder punitivo estatal necessitaram ser reanalisadas. Abarcando a finalidade não apenas de se readaptar ao novo modelo econômico-social e combater, de forma mais eficiente, a criminalidade organizada no país, mas também de fornecer uma resposta adequada aos anseios da sociedade e, desta maneira, reconquistar a credibilidade do Estado no combate aos ilícitos perpetrados por grupos criminosos bem elaborados, veio à tona a Lei 12.850/13.

Deixando de lado o viés da eficiência concreta no combate à criminalidade sofisticada e analisando-se o aspecto da necessidade do incremento da confiança da sociedade na atuação do Estado, a Lei de Organização Criminosa acabou por colocar em prática a teoria do utilitarismo³,

³ A teoria do utilitarismo foi formulada por Jeremy Bentham, que sustentava que o maior objetivo da moral é maximizar a felicidade e assegurar a hegemonia do prazer sobre a dor. Vislumbra-se a máxima utilidade como o alcance daquilo que produz a sensação de prazer, felicidade, evitando a dor ou o sofrimento.

contudo, de uma maneira mais refinada, voltada para uma parcela mais específica da sociedade, a dizer, membros detentores de um maior poder econômico.

Embora não se possa dizer que a lei tenha sido criada com esse objetivo de combate a organizações compostas por agentes criminosos de maior poder econômico, certo é que, pouco tempo após sua criação, vislumbrou-se a explosão midiática de incontáveis escândalos de corrupção em nosso país. Em decorrência disso, restou fragilizada a confiança da sociedade no poder do Estado, tanto em relação a sua função de prestador de serviços públicos e titular do exercício de determinadas atividades econômicas, quanto em relação a sua capacidade de detectar ilícitos internos, externos e puni-los.

Com a punição, de acordo com o utilitarismo, almeja-se alcançar um bem maior de estabilidade social fazendo-se do criminoso um exemplo (SOUSA, 2020). Dessa maneira, analisando-se esta linhagem de pensamento, com a punição de agentes economicamente poderosos, dar-se-ia uma resposta adequada para toda a sociedade, demonstrando que todos os sujeitos, independente de classe social, estão suscetíveis de sofrer punições pela prática de ilícitos penais. Assim, reconquistar-se-ia a confiança das pessoas na atuação do Estado.

E foi justamente este o cenário desencadeado após o surgimento da chamada “Operação Lava Jato”, responsável pela apuração de inúmeros casos de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo a Petrobrás, partidos políticos e empreiteiras. Nesse contexto, surgiu para o Estado não apenas a necessidade, como também a oportunidade de recuperar a confiança da sociedade através da apuração de vultuosos ilícitos e, por conseguinte, da aplicação de reprimendas penais.

A partir da deflagração da referida operação, ganhou relevo o instituto da colaboração premiada no país, sendo encarado como o principal meio de obtenção de prova utilizado pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, apto a compreender e demonstrar o funcionamento de esquemas criminosos complexos de corrupção que, provavelmente, não seriam descobertos por meios tradicionais de investigação (CAVALI, 2017).

Assim, os dispositivos atinentes a colaboração premiada, que encontravam previsão em uma inteira seção da lei 12.850/2013, passaram a ser alvo de inúmeros debates doutrinários e

jurisprudenciais. Tudo isso porque, muito embora a lei tenha estabelecido regramento específico para o acordo de colaboração premiada, em muitos aspectos ela se fez omissa.

Nesse diapasão, destaca-se que um dos principais entraves deixados pela lei diz respeito aos limites de cada procedimento do acordo. A fim de exemplificar um dos problemas deixados pela lei, deixa-se o seguinte questionamento: podem as partes pactuar por um benefício que não esteja previsto na lei em análise? Caso seja pactuado um benefício que não encontre amparo na referida lei, estaria o Magistrado obrigado a homologar o acordo?

O presente trabalho se dispõe a analisar as formas interpretativas conferidas pela doutrina e jurisprudência aos questionamentos acima relatados, enfatizando-se as mudanças trazidas nesse aspecto pela lei 13.964/2019, popularmente conhecida como “Lei Anticrime”.

2 NATUREZA JURIDICA DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Ab initio, para melhor compreender a atuação dos institutos premiais na Lei 12.850/13, cumpre trazer à baila a discussão acerca da natureza jurídica dos acordos de colaboração premiada, enfatizando-se os direcionamentos pertinentes ao acordo enquanto vínculo jurídico entre as partes e enquanto procedimento probatório, voltado para o alcance de um resultado mais eficiente na persecução penal.

Os debates atinentes à natureza jurídica dos acordos de colaboração premiada ainda são intensos, tanto na doutrina como na jurisprudência, embora tenha prevalecido o entendimento de que se trata de um negócio jurídico personalíssimo e de um meio de obtenção de prova.

Primeiramente, analisado sob à ótica instrumental da realização do acordo de colaboração, não há consenso acerca da natureza de negócio jurídico. De um lado, existem aqueles que sustentam pela impossibilidade de ser o acordo de colaboração um negócio jurídico firmado entre as partes do processo, uma vez que, seguindo a lógica norteadora do direito penal, seriam originados efeitos que afetariam para além das partes pactuantes, atingindo também outros sujeitos, como o Estado e as pessoas indicadas na delação. Por outro lado, existem aqueles que defendem se tratar o acordo

de um negócio jurídico específico, que seria regido não pelas regras gerais do direito privado, mas pelas normas de direito público.

Neste trabalho, compactua-se com o entendimento firmado pela segunda corrente. Em um primeiro plano, na medida em que as partes regulamentam suas vontades, produzem efeitos jurídicos amparados pelo nosso ordenamento jurídico, trazendo direitos, deveres, faculdades e obrigações para si.

Didier e Bonfim (2016, p.192) sustentam pela natureza jurídica de negócio jurídico bilateral: “[...] a colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado. ”

Ainda, destaca-se importante colocação de Duclerc (2016) embasando seu posicionamento na concepção de natureza jurídica de negócio jurídico processual público:

Por fim, dentro da esfera da Teoria Geral do Direito Penal e Processual Penal, tem-se a natureza jurídica de negócio jurídico processual público, cujos elementos de legalidade e legitimidade, quer sejam a existência, validade e eficácia do acordo, devem ser entendidos sob uma lógica de direito público-penal e não sob a lógica de direito privado. Isso porque há a necessidade de adequação e (re) modulação de tudo que for importado ao Direito Penal lato sensu. (DUCLERC apud TOMAZINI, 2018, s.p.).

Dessa maneira, acredita-se que o acordo de colaboração premiada se revela como visível manifestação de justiça penal negocial em nosso ordenamento jurídico, adquirindo o status de negocio jurídico processual, personalíssimo, bilateral e sinalagmático, já que as partes pactuantes assumem obrigações recíprocas para alcançar o resultado almejado no acordo. De um lado, o agente criminoso se compromete a deixar sua posição natural de resistência e cooperar com os agentes do Estado na persecução penal, por outro, tendo em vista a efetividade da colaboração, o Estado se compromete a conceder ao indivíduo os prêmios previamente pactuados.

Ademais, salienta-se a imprescindibilidade de respeitar normas de ordem pública, tendo em vista que o objeto do processo não constitui bem jurídico puro e simples do direito privado, mas sim bem jurídico tutelado pelo direito público-penal.

Adiante, passando-se à análise da natureza jurídica probatória do acordo de colaboração premiada, opiniões também se dividem. Seria um meio de obtenção de prova, conforme disposto no artigo 3º, inciso I, da Lei 12.850/2013, ou seria um meio de prova?

O Plenário do Supremo Federal consagrou entendimento, no julgamento do HC 127.483/PR, orientando-se no sentido de ser a colaboração premiada meio de obtenção de prova, nos estritos termos do art. 3º, inciso I, da Lei 12.850/2013.

Para iniciar a leitura da problemática, cumpre trazer a distinção entre os institutos, abordada por Badaró (2019, p. 393):

A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (por exemplo, a busca e a apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

Aqui, considera-se tratar o acordo de colaboração um meio de obtenção de prova. Para tanto, partimos de duas premissas. A primeira, de que os acordos de colaboração, somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão permitir a reconstrução dos fatos. A segunda, de que os acordos de colaboração se desdobram em outros elementos, estes sim, aptos a convencer o Magistrado.

Para justificar a primeira premissa, destaca-se que a lei 12.850/13 dispõe, expressamente, que as declarações do colaborador não têm o condão, isoladamente, de permitir que o julgador profira decisões sobre medidas cautelares, recebimento da denúncia e sentença condenatória, necessitando de outros elementos para embasar tais decisões. Assim, as declarações do colaborador, para adquirir capacidade de reconstruir os fatos, necessita da corroboração de outros elementos trazidos. A partir daí, chega-se à segunda premissa.

O acordo de colaboração premiada, em sua concretude, não convence o juiz sobre a veracidade de suas afirmações. Ele necessita da indicação de provas materiais, testemunhais e documentais, aptas a auxiliar a acusação na comprovação dos fatos criminosos. Dessa forma, o

acusado compromete-se a trazer tais elementos, fontes de provas, capazes de solidificar os fatos relatados.

Por derradeiro, com a chegada da Lei 13.964/2019 (lei anticrime), parece que o artigo 3º-A⁴ veio a sedimentar o entendimento que já se encontrava prevalecendo na doutrina e na jurisprudência, indicando que a natureza jurídica do acordo de colaboração é a de negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova.

3 DA SÍNTESE DO PROCEDIMENTO DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO

Conforme destacado no tópico acima, a colaboração é classificada como um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova. Desde já, vale deixar claro que os acordos podem ser firmados em qualquer momento, abarcando desde a fase das investigações preliminares até a fase da execução penal, ou seja, quando já houve trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, aqui, tendo em vista as peculiaridades procedimentais presentes nos acordos de colaboração firmados após o início do processo ou após o trânsito em julgado, nos limitaremos a abordar o procedimento dos acordos firmados na fase de investigação preliminar e, mais ainda, adotaremos aqui a classificação elencada por (VASCONCELLOS, 2020). Assim, o procedimento normal da colaboração premiada deve ser dividido em quatro fases, a dizer, negociações; homologação; colaboração efetiva e produção da prova; sentenciamento e concretização do benefício.

3.1 Das Negociações

Primeiramente, sem adentrar à discussão acerca de ser a proposta do acordo de colaboração um mero ato discricionário do membro do Ministério Público ou Delegado de Polícia, ou de tratar-se de um direito público subjetivo do réu, investigado ou condenado, certo é que, nos moldes do artigo 3º-B da lei 12.850/2013, as negociações são formalmente iniciadas com o recebimento da proposta para firmar o acordo de colaboração, devendo tais tratativas serem mantidas em total sigilo até o momento da decisão judicial que levantar o sigilo, sob pena de violação do princípio

⁴ Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

da boa-fé, norteador dos negócios jurídicos. Aqui, cabe destacar que o primeiro contato para as negociações pode ser tanto da acusação como da defesa.

Com a inovação trazida pela lei 13.964/19, se trouxe o entendimento de que o requerimento do acordo de colaboração pelo acusado pode ser indeferido sumariamente pelo órgão da acusação, desde que tal decisão seja devidamente motivada. Aqui, nota-se que, ao contrário de posicionamento anteriormente sustentado por parte da doutrina, os limites da atuação da acusação não gozam de total liberdade, encontrando balizas regulamentadoras.

Adiante, não sendo o caso de indeferimento sumário, as partes firmarão Termo de Confidencialidade para dar prosseguimento às tratativas, impedindo que posteriormente ocorra o indeferimento sem justa causa. Conforme o §3 e §5 do artigo 3º-B da lei 12.850/13, o recebimento de proposta de colaboração para análise ou do termo de confidencialidade não ocasiona, por si só, a suspensão da investigação. Ademais, os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade deverão ser elaborados pelo Membro do Ministério Público ou Delegado de Polícia (celebrante) e assinados por ele, pelo colaborador e pelo seu advogado ou defensor público. Ressalta-se que, conforme muito bem acrescentado pela lei 13.964/19, o §1 do artigo 3º- C dispôs que nenhuma tratativa sobre a colaboração deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.

A nova redação do artigo 4º, §13 acrescida pela Lei Anticrime, também inovou ao impor que as tratativas e os demais atos de colaboração devem ser registrados por meios eletrônicos de gravação, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador. Dessa maneira, amplia-se a fidelidade das informações prestadas, bem como confere-se maior segurança jurídica ao colaborador.

Por derradeiro, a proposta de colaboração deverá ser instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público. Além disso, a defesa deverá instruir a proposta com os anexos e os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e elementos de corroboração.

3.2 Da homologação

Tendo em vista que a lei 12.850/13 foi expressa ao dispor em seu artigo 4º, §6, que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, disposição essa manifestamente compatível com o sistema processual penal acusatório, vislumbra-se que a atuação do Magistrado somente tem início após serem remetidos, para a sua análise, o respectivo termo do acordo, as declarações do colaborador e cópia da investigação. Nesse ponto, o artigo 7º, *caput*, da referida lei foi categórico em afirmar que o pedido de homologação será sigilosamente distribuído, de forma a conter somente as informações do acordo que não identifiquem o colaborador e seu objeto.

Após esse momento, o juiz deverá ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará a voluntariedade, regularidade, legalidade, bem como a adequação dos benefícios pactuados e dos resultados da colaboração com as disposições previstas na lei.

Já no momento de apreciação do acordo, o juiz terá duas opções: poderá recusar sua homologação caso entenda que a proposta não atende aos requisitos legais, oportunidade essa em que deverá devolvê-lo às partes para a realização das mudanças necessárias, ou poderá simplesmente homologá-lo, trazendo maior clareza aos limites do acordo e, conseqüentemente, maior segurança às partes pactuantes.

Aqui, por fim, cumpre destacar que o §3 do artigo 7º da lei 12.850/13, criado pela Lei Anticrime, é rígido ao dispor que o acordo de colaboração e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou queixa-crime, sendo vedado ao magistrado tornar público tais elementos.

3.3 Da colaboração efetiva e da produção de prova

Após a efetiva homologação do acordo, passa-se a fase de execução, ou seja, chega-se ao momento em que, para obter o benefício pactuado, o colaborador deverá contribuir efetivamente

com a persecução penal, cumprindo com as cláusulas já formalizadas e homologadas, que dizem respeito às suas prestações.

É a partir dessa fase do acordo que se pode falar em réu colaborador e, como em todo negócio jurídico bilateral, sujeito detentor de direitos e obrigações.

Ponto crucial neste momento do acordo é saber se os depoimentos do colaborador e os demais documentos apresentados por ele em desfavor dos réus delatados podem ser considerados provas. Sem adentrar às discussões que permeiam este assunto acerca da possibilidade ou não das declarações e demais documentos fornecidos em momento sigiloso do acordo, ou seja, antes de sua homologação e, na maioria das vezes, do recebimento da denúncia, serem considerados provas propriamente ditas, certo é que se faz imprescindível a observância do contraditório e da ampla defesa. Tal explicação é simples: sendo o acordo de colaboração um negócio jurídico bilateral, somente produzirá efeito *intra partes* (entre as partes pactuantes). Assim, para estender os seus efeitos e invadir a esfera de terceiros, os elementos obtidos no acordo deverão ser confrontados com as manifestações dos delatados.

Em que pese a relevância de tal discussão, parece que o artigo 4º, §10-A da lei 12.850/13, inserido pela Lei Anticrime, veio a solidificar o entendimento de que o contraditório e a ampla defesa devem ser colocados à disposição do réu delatado em qualquer momento processual. Nesse sentido, o referido dispositivo assim coloca: “Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.”.

3.4 Do sentenciamento e concretização do benefício

Finalmente, chega-se ao momento em que a execução do acordo pelo réu colaborador será valorada pelo magistrado em relação a sua efetividade, tendo o último a função de estabelecer os prêmios que serão concedidos ao colaborador.

A redação do artigo 4º, §11 da lei 12.850/13, ao meu ver, é manifestamente rasa ao colocar, tão somente, que a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

Destaca-se, aqui, outra grande polêmica neste tema. Existe grande debate a respeito de ser a concessão do benefício, uma vez cumpridas as obrigações pactuadas, um direito subjetivo do colaborador ou mero ato discricionário do sentenciante. No entanto, como o presente trabalho não se destina a fomentar este tipo de questionamento, chega-se a hora de analisar o principal enfoque deste estudo, a aplicação dos institutos premiais na lei 12.850/13.

4 DOS PRÊMIOS DO COLABORADOR ANTES DA LEI ANTICRIME: LEGALIDADE ESTRITA OU DISCRICIONARIEDADE DO ESTADO?

Conforme exposto alhures no presente artigo, o Estado oferece prêmios ao acusado que deixa sua posição de resistência e passa a colaborar com a tarefa acusatória, facilitando a persecução penal. Em outras palavras, o imputado abre mão do seu direito constitucionalmente assegurado de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si mesmo, colaborando com a acusação na apuração dos fatos e ajudando-a a alcançar um ou mais resultados previstos no artigo 4º, incisos I a V da lei 12.850/2013. Há uma nítida inversão do ônus da prova, que agora incumbe ao acusado, ensejando uma recompensa por esse “sacrifício”.

Assim, ao auxiliar o órgão acusatório na persecução penal, o imputado deve buscar o alcance de algum ou alguns dos seguintes resultados, explicitamente previstos na lei: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Em troca, caso o resultado venha a se materializar ou, ainda que não se materialize, o acusado colabore de maneira convincente para que esse tivesse se materializado, devem ser concedidos ao imputado os prêmios anteriormente ajustados. Diante disso, outra problemática questão se colocou em pauta: É cabível a pactuação de benefícios não previstos em lei?

Sabe-se que nos últimos anos, principalmente em razão da operação Lava Jato, inúmeros benefícios extralegais, ou seja, fora dos limites normativos, foram firmados e até mesmo homologados em acordos de colaboração. A partir daí acalorados debates surgiram e se difundiram,

confrontando-se duas principais correntes de pensamento, a dizer, corrente favorável à pactuação de benefícios extralegais e corrente contrária à pactuação de benefícios não previstos em lei.

Como expoente da primeira corrente, temos Andrey Borges de Mendonça (2017), que sustenta que a concessão de benefícios extralegais não é vedada, já que o princípio da legalidade, seja aplicado no âmbito penal, seja no âmbito processual penal, deve e pode ser utilizado para proteger o acusado, não sendo possível sua aplicação somente quando lhe cause prejuízo.

Tem-se, assim, o entendimento de que, desde que não haja vedação expressa na lei, haja adequação e razoabilidade entre o benefício e a situação fática do imputado e, por fim, haja o respectivo controle do pactuado por parte do Poder Judiciário, é possível a concessão do benefício extralegal, numa clara aplicação da analogia *in bonam partem* (MENDONÇA, 2017). Há decisão no Supremo Tribunal Federal nesse sentido⁵.

Em sentido contrário, a segunda corrente confronta a premissa, em tese, adotada pela primeira corrente: “a de que quem pode o mais, pode o menos”. Nesse sentido, referida linhagem de pensamento nutre a ideia de que os requisitos legais delimitados na legislação precisam ser observados, respeitando-se o princípio da legalidade e impondo limites à atuação do Ministério Público quando do firmamento dos acordos. Deve-se ter o máximo respeito à legalidade, adotando um sistema de “premialidade legal” ao ordenamento brasileiro (VASCONCELLOS, 2020).

Desde já, destaca-se que a redação do artigo 4º, *caput*, da lei 12.850/2013, sempre foi cristalina em delimitar os benefícios possíveis de serem aplicados: perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou substituição da pena por restritiva de direitos. Ademais, os §§ 4 e 5 do referido artigo também elencavam, em situações distintas, a possibilidade de redução da pena até a metade, de progressão de regime e de não oferecimento da denúncia.

Aqui, neste trabalho, adota-se um posicionamento compatível com a visão trazida pela segunda corrente. Para exemplificar alguns benefícios pactuados fora da previsão legal, bem como para demonstrar o seu perigo para a garantia dos direitos fundamentais do imputado, traz-se à baila situações vivenciadas no âmbito da operação Lava Jato.

⁵ STF, INQ 4.405/DF AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27.02.2018

4.1 Regimes de cumprimento de pena diferenciados

Começando pelos regimes de cumprimento de pena pactuados, em que pese as disposições do Código Penal, assim como as da Lei de Execução Penal acerca dos regimes de cumprimento de pena, bem como sobre os locais de cumprimento condizentes com cada regime, visualizou-se, na operação Lava Jato, o firmamento de acordos em que o delator cumpriria pena em regime jamais visto.

Nessa ocasião, foram pactuadas cláusulas que permitiam ao imputado cumprir penas em “regime fechado domiciliar diferenciado” e “regime semiaberto domiciliar diferenciado”.

Aqui, compactua-se com o pensamento adotado por Vasconcellos (2020, p. 185), que sustenta que a falta de limites ocasiona possibilidades de abusos e arbitrariedades: “Além disso, agrava o cenário de pressões e coações inerentes à justiça criminal negocial, fomentando a vulneração na voluntariedade da decisão do imputado e a ocorrência de falsas incriminações.”

Em outras palavras, o respeito aos limites é imprescindível, vez que a pactuação de tais benefícios pode ser utilizada como forte estratégia para a coação do colaborador.

4.2. Liberação de bens provenientes de atividades ilícitas

No presente tópico, tendo como *leading case* o acordo firmado pelo colaborador Alberto Youseff com o Ministério Público, que fora posteriormente homologado pelo Poder Judiciário, constatou-se a presença de cláusulas que permitiam a liberação de imóveis de elevado valor à sua ex-mulher e às filhas, sendo tais bens adquiridos com os resultados da infração penal e posteriormente ocultados pela lavagem de dinheiro.

Com a impetração do HC 127.483, impugnou-se a homologação do acordo firmado com Alberto Youseff, realizada pelo Ministro Teori Zavaski. No entanto, por decisão unânime, o plenário decidiu pelo indeferimento do pedido, trazendo à tona os motivos pelos quais o acordo seria revestido de legalidade (BRASIL, 2001).

Sem adentrar às razões expostas pelo pleno do STF, penso que, em hipótese alguma, o referido benefício poderia ter sido acordado, uma vez que o confisco de produtos e proventos

decorrentes da atividade delituosa configuram efeito automático e inafastável da condenação, nos moldes do artigo 91, II, “b”, do Código Penal.

4.3. Fixação da pena de multa no mínimo legal

Prática também comum nos acordos firmados no âmbito da operação Lava Jato foi a prévia fixação da pena de multa a ser imposta, estabelecendo-a em seu patamar mínimo.

Em que pese a posição majoritariamente firmada no STF, quanto a possibilidade de homologação de acordos contendo tais cláusulas, penso que as mesmas são ilegais, partindo-se de dois pontos: a um, a referida fixação prévia da pena de multa não encontra respaldo legal; a dois, cabe ao Magistrado e, exclusivamente a ele, quando chegado o momento da sentença, estabelecer o *quantum* referente aos dias-multa aplicáveis ao imputado, em uma detida análise da gravidade da infração e da extensão do dano.

4.4. Imunidade penal a familiares do colaborador

Dando continuidade aos benefícios extralegais concedidos na operação em comento, temos também a presença de acordos em que o MPF acordou cláusula se comprometendo a não oferecer denúncia a nenhum dos familiares do colaborador.

Em oposição ao referido benefício pactuado, sustenta-se que há o incremento da pressão que circunda a justiça penal negocial, agravando seu poder de coerção sobre o imputado e comprometendo sua voluntariedade. Aqui, cabe outra ressalva: é inadmissível a ocorrência de ameaças sobre a participação dos familiares do colaborador no referido delito, como mecanismo para pressioná-lo a firmar o acordo. Deve-se ter elementos probatórios legítimos e convincentes da participação do familiar para permitir a deflagração da persecução penal (VASCONCELLOS, 2020).

4.5. Prévia fixação do *quantum* de pena ao colaborador

Outra sensível questão vivenciada nos acordos da operação Lava Jato foi a presença de benefícios em que o membro do Ministério Público fixava, de maneira prévia, a quantidade de pena que seria imposta ao imputado.

Aqui, rechaça-se, de forma contundente, a referida prática ministerial. Ainda que a justiça criminal negocial adote, em sua essência, determinadas peculiaridades, o Ministério Público continua sendo o titular da ação penal. As três partes do processo permanecem bem delimitadas: acusado, Ministério Público e Juiz. Ao contrário do sistema penal norte-americano, qual seja, o *plea-bargain*, não há previsão legal que permita ao membro do Ministério Público pactuar a quantia de pena aplicável ao colaborador.

Dessa maneira, cabe exclusivamente ao Magistrado determinar, no momento adequado, a dizer, no momento da sentença, o *quantum* de pena devido ao colaborador. Às partes é lícito apenas determinar a margem de redução de pena possível de ser aplicada, cabendo ao sentenciante determinar, caso preenchidos os requisitos referentes ao auxílio do colaborador, a fração a ser aplicada. Assim, preserva-se o modelo trifásico, de competência única do julgador, essencial para se chegar à quantidade de pena devida.

5. O QUE MUDOU COM A CHEGADA DA LEI 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”)?

Aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República em dezembro de 2019, a lei 13.964/2019, popularmente conhecida como “Lei Anticrime”, alterou inúmeras disposições do Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal e da Legislação Extravagante.

Com a finalidade de adequar nosso sistema criminal à nossa realidade hodierna, além da necessidade de responder aos anseios da sociedade, num contexto marcado pelo “populismo penal”, o anteprojeto denominado “Pacote Anticrime” foi, nos primeiros meses do Governo Bolsonaro, elaborado pelo, até então, Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro. Antes de sua

aprovação e de sua sanção, a lei contou, também, com a aderência de propostas elaboradas por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF).

Direcionando o foco, agora, para a proposta do presente artigo, vislumbrou-se que, em muitos aspectos, a lei 13.964/2019 ocasionou alterações na lei 12.850/2013, especialmente nas normas que regulamentavam a pactuação e homologação dos acordos de colaboração premiada.

Quanto aos limites impostos aos benefícios concedidos nos acordos de colaboração, me parece que a nova lei atendeu às inúmeras críticas doutrinárias sobre o tema, mormente em razão das arbitrariedades e esquivas legais engendradas no âmbito da Operação Lava Jato.

Dessa maneira, sob os efeitos da Lei Anticrime, a redação do artigo 4º, §7º da lei 12.850/2013 foi alterada, incluindo, em seu inciso II, outro aspecto a ser valorado, constando que, quando remetidos a ele, antes de homologar o acordo, o juiz deverá analisar, além da voluntariedade, legalidade e regularidade, a “adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do artigo 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo”.

Nesse diapasão, em que pese persistirem posicionamentos favoráveis à concessão de benefícios extralegais, dentre eles, Reale Jr. e Wunderlich, com o entendimento pela possibilidade de aplicação de regimes diferenciados de cumprimento de pena (VASCONCELOS, 2020), me parece que a discussão, após a chegada do novo dispositivo, a princípio, se encontra superada. Assim, aparentemente, não vejo como se negar que a lei, manifestamente, bloqueou práticas que estavam, costumeiramente, sendo praticadas na Lava Jato, em total inobservância às normativas legais existentes em nosso ordenamento jurídico.

Em consonância com a linha de pensamento sustentada acima, Callegari e Linhares (2020, s.p.) abordam acerca da impossibilidade de concessão de prêmios extralegais, enfatizando a nulidade das cláusulas que violem aspectos legais relacionados ao cumprimento de pena:

Entendemos que não mais existe espaço para sanções extralegais nos acordos de colaboração premiada. Afinal, o comando legal exige do magistrado, no juízo de homologação, que verifique a adequação dos “benefícios” pactuados com aqueles estabelecidos no rol legal; impondo, na segunda parte do mesmo dispositivo, a nulidade das cláusulas que violem os critérios legais de cumprimento de pena, quando a sanção premial importar em privação da liberdade.

Outro argumento utilizado a fim de combater a necessidade de os benefícios pactuados se adstringirem aos limites legais é o de que, em se tratando de negócio jurídico processual, devem as partes possuir certo grau de discricionariedade para negociar os benefícios possíveis de serem concedidos em caso de efetiva colaboração.

No entanto, penso que tal argumento não merece prosperar, uma vez que, não obstante tratar-se de negócio jurídico processual, conforme exposto no tópico 2 do presente trabalho, tal negócio jurídico possui natureza jurídica de direito público. Destarte, ao contrário de simples negócios jurídicos de direito privado, os acordos de colaboração envolvem direitos fundamentais como a liberdade, o acesso à justiça, dentre outros, devendo, assim, as cláusulas pactuadas, ficarem restritas aos limites legais.

Nessa senda, por derradeiro, não obstante crer que a lei poderia ter sido mais assertiva, de maneira a estabelecer expressamente que a homologação pelo magistrado está restrita aos benefícios expressamente previstos em lei, entendo que a questão parece ter se consolidado, barrando cláusulas com benefícios atípicos e, por conseguinte, firmando o princípio da legalidade como norteador dos acordos de colaboração premiada.

Quanto à aplicação do referido artigo na jurisprudência, só nos resta aguardar o posicionamento e a interpretação a serem dadas pelo Supremo Tribunal Federal que, muito provavelmente, analisará o cabimento ou não de sua validade.

6. CONCLUSÃO

Muito embora a colaboração premiada já encontrasse respaldo no ordenamento jurídico há muitos anos, certo é que o instituto ganhou maior notoriedade e aplicação com a deflagração da operação “Lava Jato”.

A colaboração premiada é uma realidade inegável, eficaz, quiçá imprescindível para o alcance de resultados eficientes na apuração de determinados delitos que envolvem maior complexidade. Contudo, limites devem ser observados, a natureza jurídica de tal mecanismo precisa estar bem delineada, a fim de que equívocos e, até mesmo, abuso e arbitrariedades, não sejam cometidos e, por conseguinte, não contaminem o instituto.

Nesse sentido, merece aplausos a lei 13.964/2019 que, ao incluir o artigo 3º-A na lei 12.850/2013, pacificou as discussões acerca da natureza jurídica do acordo de colaboração, classificando-o como meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual.

Dessa forma, aqui, partindo da premissa de que trata a colaboração premiada de um negócio jurídico processual de ordem pública, procurou-se tratar de tema ainda controvertido na doutrina e jurisprudência: os limites empregados no ajuste dos benefícios no âmbito da colaboração premiada.

O trabalho aqui desenvolvido adota a ideia de que, em se tratando de negócio jurídico de direito público, o respeito à estrita legalidade é medida que se impõe, vez que não se está a negociar bens manifestamente disponíveis, mas sim direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados.

Assim, de tamanho acerto e em ótimo momento vem a alteração proporcionada pela “lei anticrime” que, ao alterar a disposição do artigo 4º, §7 da lei 12.850/2013, dispôs expressamente em seu inciso II que o julgador, quando da homologação, deverá analisar se os benefícios pactuados encontram previsão no artigo citado, seja em seu caput, seja em seus §§ 4 e 5.

Ademais, também hercúlea a segunda parte do artigo supracitado, ao estabelecer que serão nulas as cláusulas que violem os critérios de cumprimento de pena, incluindo a fixação de regime e aspectos da progressão, deixando a desejar, contudo, na regulamentação da nulidade das cláusulas concessivas de outros benefícios extralegais. Em que pese a ausência de regulamentação, me parece que o tratamento dado na pactuação dos demais prêmios extralegais não merecem ser diferente.

Acredita-se que a tendência é que a quantidade de acordos de colaboração firmados, daqui para frente, seja reduzida, caso a observância à estrita legalidade dos benefícios seja realmente exigida, vez que a limitação das cláusulas possíveis de serem pactuadas pode não justificar todo o sacrifício moral e pessoal empreendido pelo colaborador.

Por derradeiro, não obstante creia-se que a redução dos acordos de colaboração é cenário possível de ser desencadeado, torcemos, aqui, para que o Supremo Tribunal Federal entenda pela validade da norma supracitada, vez que é a medida que mais se coaduna com a realidade fática existente e sua necessária mudança: Precisam ser observados limites no ajuste dos benefícios a serem concedidos em tal modalidade de negócio jurídico regido por normas de Direito Público, de modo a barrar os abusos perpetrados pelo órgão estatal responsável pelas tratativas.

Por ora, só nos resta aguardar para ver qual será a recepção dada pelo Superior Tribunal Federal ao novo dispositivo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo H. **Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: RT, 2019. p. 392.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão**. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 09 dez. 2020.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul. A colaboração premiada após a lei "anticrime". **Consultor Jurídico**, 04 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-04/opinio-colaboracao-premiada-lei-anticrime>. Acesso em 09 dez. 2020.

CAVALI, Marcelo Costanero. Duas Faces da Colaboração Premiada: Visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na lei 12.850/2013. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017. p. 255-274.

DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela Santos. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da atividade por demanda autônoma – Um diálogo com o direito processual civil. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção repercussões do novo CPC, v.13.) – p.192.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017. p. 53-104.

SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2020.

TOMAZINI, Andressa. Acordo de colaboração premiada: natureza jurídica e natureza probatória. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/630417006/acordo-de-colaboracao-premiada-natureza-juridica-e-natureza-probatoria?ref=serp>. Acesso em: 09 dez. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3 ed. São Paulo: RT,2020.